Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag, insbesondere auch nach dem Arbeitsgerichtsgesetz.

Eine grundsätzliche Untersuchung.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Jörn Seuffert
aus München
Referendar am Amtsgericht zu München.

Approbiert am 6. März 1929.

MÜNCHEN
Buch- und Kunstdruckerei Georg Lindner sen., Leopoldstrasse 52
1929

29:255

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Referent: Univ.-Professor Dr. F. Lent.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533903_0144

Meinen Eltern
in Liebe und Dankbarkeit
zugeeignet.

Inhaltsübersicht.

Seite

I. (Einführung) Das Arbeitsrecht als einheitliches Sonderrechtsgebiet und seine allgemeine Entwicklung . . . 1

II. Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag

1) Die Bedeutung der beiden Begriffe für das Arbeitsrecht 5

2) Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag im Einzelnen

a) Die Notwendigkeit der genauen Unterscheidung der beiden Begriffe 6

b) Die einzelnen Deutungsmöglichkeiten d. Begriffes Arbeitsverhältnis 7

aa) Arbeitsvertragsverhältnis 7

bb) Arbeitsverpflichtungsverhältnis 9

cc) Arbeitsleistungsverhältnis 11

dd) Arbeitsverfassungsverhältnis 13

ee) Arbeitsverhältnis im weiteren Sinn 15

c) Der Arbeitsvertrag 15

aa) Arbeitsvertrag u. Anstellungsvertrag als Begriffsbezeichnungen 16

bb) Geschichtliche Entwicklung 16

cc) Das Verhältnis des Anstellungsvertrages zu Dienstvertrag und Werkvertrag 18

dd) Arten des Anstellungsvertrages 19

ee) Einzelvertrag und Gruppenvertrag 20

ff) Zeitlohn- und Akkordlohnvertrag 23

gg) Die Vertragsfreiheit beim Anstellungsvertrag 24

hh) Das Wesen der Abhängigkeit 28

ii) Der rechtliche Charakter des Anstellungsvertrages . . . 31

kk) Der Lehrvertrag und der Volontärvertrag als Gegenstand des Arbeitsrechts 33

d) Der Arbeitsvertrag (Anstellungsvertrag) als unabhängiger und selbständiger, sonderrechtlicher Vertrag 34

3) Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag als Grundlagen des Arbeitsrechts als Sonderrecht 39

a) Das Arbeitsverhältnis als Grundlage und die Notwendigkeit der klaren Erkenntnis seiner Bedeutung 40

aa) Würdigung der einzelnen Deutungsmöglichkeiten 40

bb) Die Bedeutung der klaren rechtlichen Erkenntnis und die Aufgabe der Rechtslehre bei Schaffung eines aktuellen Rechts 42

cc) Auswirkungen der gewonnenen Erkenntnisse 44

dd) Das Arbeitsverhältnis als Abgrenzungsmerkmal 45

b) Der Arbeitsvertrag als Grundlage arbeitsrechtlicher Vorschriften 45

III. Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag nach dem AGG.

Seite

1) Die Bedeutung des AGG. für eine grundsätzliche Betrachtung des Arbeitsrechts 46

2) Grundzüge der Arbeitsgerichtsbarkeit und die Quellen für ihre Betrachtung 47

3) Der Aufbau der sachlichen Zuständigkeit auf dem Arbeitsleistungsverhältnis 48

a) § 5 AGG. 48

b) § 2 AGG. 49

c) § 3 AGG. 57

4) Der Arbeitsvertrag als Grundlage des vereinbarten Ausschlusses der Arbeitsgerichtsbarkeit 59

Ergebnis 60

Literaturübersicht.

Bail, Das Arbeitsverhältnis der Arbeitgeber und Arbeitnehmer 1912
Depène, Arbeitsgerichtsgesetz 1927
Dersch, Die neue Schlichtungsverordnung 1925
Dersch-Volkmar, Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz 1928
Erdel, Das Gewerbegericht 1919
Flatow, Betriebsvereinbarung und Arbeitsordnung 1921
Flatow, Kommentar zum Betriebsrätegesetz 1917
Flatow, Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz 1927
von Gierke, Das Wesen des Dienstvertrages 1914
Hoeniger, Arbeitsrecht 1927
Hueck, Das Arbeitsvertragsrecht 1922
Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts 1927
Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts 1927
Kaskel, Arbeitsrecht 1925
Mantel-Schneider, Das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer 1921
Katz, Lücken im Arbeitsvertrag 1922
Kreller, Im Archiv für die Zivilistische Praxis . . . . . Bd. 122
von Landmann, Kommentar zur Reichsgewerbeordnung 1917/25
Lotmar, Der Arbeitsvertrag 1902/08
Melsbach, Deutsches Arbeitsrecht, zu seiner Neuordnung 1923
Melsbach, Wörterbuch des Arbeitsrechts 1920/21
Molitor, Das Wesen des Arbeitsvertrages 1925
Molitor-Hueck-Riezler, Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes 1925
Nikisch, Die Grundformen des Arbeitsvertrages 1926
Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht 1923
Potthoff, Wesen und Ziel des Arbeitsrechts 1922
Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag 1905
Rundstein, Tarifrechtliche Streitfragen 1907
Schmincke-Sell, Arbeitsgerichtsgesetz 1927
Schuldt, Die Betriebsvereinbarung im Verhältnis zum Einzelarbeitsvertrag und zum Tarifvertrag 1925
Siefart, Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz 1927
Sigel, Der Gewerbliche Arbeitsvertrag 1903
Silberschmidt, Das Deutsche Arbeitsrecht 1923/26
Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts 1927
Vollbrecht, Arbeitsrecht 1921

Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar von Reichsgerichtsräten

Handelsgesetzbuch, Staubs Kommentar

Als Materialien zum Arbeitsgerichtsgesetz:

Protokoll der 248. Sitzung vom 11. XII. 1926

Protokoll der 249. Sitzung vom 13. XII. 1926

Drucksachen des Reichstages, III. Wahlperiode, 1924/26: No. 2065 mit 4 Anlagen, No. 2795 mit 3 Anlagen, No. 3019.

Zeitschriften:

Reichsarbeitsblatt

Arbeitsrecht, Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten, herausgegeben von Potthoff.

Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, herausgegeben von Dersch, Kaskel, Sitzler, Syrup.

I. Das Arbeitsrecht als einheitliches Sonderrechtsgebiet und seine allgemeine Entwicklung.

Um Fragen aus dem Gebiet des Arbeitsrechts behandeln zu können, ist zunächst nötig, sich die Frage vorzulegen: Was ist Arbeitsrecht? Wir sind gewöhnt, das gesamte Rechtsgebiet in Teilgebiete einzuteilen, die wir mit einem zusammengesetzten Namen, dessen einer Teil das Wort „Recht" ist, bezeichnen. Wir sprechen so von Strafrecht, von Staatsrecht, vom Bürgerlichen Recht, vom Verwaltungsrecht, vom Prozeßrecht usw. Jeder dieser Begriffe bezeichnet eine Zusammenfassung von Rechtsnormen, die einen Teil des menschlichen Lebens regeln, die für jeden Menschen ohne Unterschied der Person innerhalb ihres räumlichen Geltungsbereichs von Wichtigkeit sind. Jeder muß ihre Gebote und Verbote achten. Es bedarf dazu keiner weiteren Vorbedingung als der, daß ein Mensch, der innerhalb des räumlichen Geltungsbereichs dieser Gesetze lebt, „lebt", damit er ihnen in seinen verschiedenen Lebenslagen unterworfen ist. Ist nun das Arbeitsrecht auch ein solches Rechtsbegiet? Die Antwort muß natürlich „nein" lauten. Es muß zur bloßen Existenz eine weitere Vorbedingung hinzukommen, damit für einen Menschen das Arbeitsrecht bedeutungsvoll wird. Er muß mit der Arbeit im arbeitsrechtlichen Sinnn, d. h. der abhängigen und wirtschaftlichen unselbständigen Arbeit (Hoeniger) auf eine bestimmte Art in Verbindung stehen. Es handelt sich also um ein Rechtsgebiet, das nur für einen Teil der Menschen seines räumlichen Geltungsbereiches bedeutsam ist. Ein solches Rechtsgebiet nennen wir ein Sonderrecht. Das ist also ein Recht, das nicht für alle Menschen innerhalb seines räumlichen Geltungsbereichs unter der einzigen Vorbedingung ihrer Existenz bedeutsam ist.

Wie kommt es nun zur Bildung eines solchen Sonderrechts? Ein Sonderrecht bildet sich heraus, wenn für eine bestimmte Gruppe von Menschen auf Grund ihrer hauptsächlichen und ausschlaggebenden Lebensbedingungen das Bedürfnis besteht, sie für den ihre Besonderheit ausmachenden Teil ihres Lebens besonderen Rechtsnormen zu unterwerfen. Ein solches Bedürfnis kann verschiedener Art sein. Es kann auf Seiten der betroffenen Menschengruppe, Klasse oder des betroffenen Berufstandes liegen, es kann beim Staat in Bezug auf diese Klasse oder diesen Berufsstand vorhanden sein, es kann auch bei der Allgemeinheit in Erscheinung treten. Das Sonderrecht der Beamten ist so z. B. entstanden,

weil der Staat das Bedürfnis hat, die Beamten als seine Organe einem den besonderen Verhältnissen entsprechenden Recht zu unterwerfen. Ein Interesse für gesonderte rechtliche Behandlung ist aber gleichzeitig auch bei den Beamten selbst vorhanden. Endlich hat die Allgemeinheit, d. h. jeder einzelne und die Summe dieser Einzelpersonen ein Interesse, daß die Beamten, die staatliche Macht ausüben, besonderen gesetzlichen Regeln hierfür unterworfen sind. Ein besonderes Bedürfnis muß also auch zur Bildung eines eigenen Arbeitsrechts geführt haben. Diese Feststellung berührt zuerst vielleicht seltsam, wenn man sich vergegenwärtigt, daß es abhängige und wirtschaftlich unselbständige, also entgeltliche Arbeit seit den ältesten Zeiten, über deren rechtliches und wirtschaftliches Leben wir Kenntnis besitzen, gibt, daß aber die Herausbildung eines eigenen Arbeitsrechts, wenn auch nicht neuesten, so doch neueren Datums ist. In der arbeitsrechtlichen Arbeit, so will ich die abhängige, wirtschaftlich unselbständige Arbeit forthin kurz nennen, als solcher kann also der Grund zur Bildung eines selbständigen Arbeitsrechts allein nicht gesucht werden. Es ist die Wirkung, die die Leistung arbeitsrechtlicher Arbeit in unserer Zeit auf die mit ihr im Zusammenhang stehenden Menschen und deren allgemeine Lebensverhältnisse jeder Art ausübt, die man als Anstoß zur Bildung eines Sonderrechts der arbeitsrechtlichen Arbeit zu betrachten hat. Um dies erkennen zu können, wird man auf den Zeitpunkt zurückgehen müssen, in dem der Anfang eines Sonderrechts für die mit der arbeitsrechtlichen Arbeit in Zusammenhang stehenden Menschen gesetzt worden ist. Dabei gelangt man zu der Feststellung, daß der Anfang des Arbeitsrechts nicht auf dem Gebiete des materiellen Rechts liegt, daß man vielmehr den Anfang der Bildung eines Sonderrechts auf prozeßrechtlichem Gebiet suchen muß. Schon diese Feststellung ist wichtig für die Frage nach dem dem Arbeitsrecht zugrunde liegenden Bedürfnis. Das ist zugleich die Frage nach einer der hauptsächlichen Grundlagen des Arbeitsrechts überhaupt. Ich möchte nun hierbei nicht mit der amtlichen Begründung, die dem Entwurf eines Arbeitsgerichtsgesetzes (AGG.) beigegeben wurde, bis auf die Zeit des mittelalterlichen Zunftwesens zurückgehen. Die Gerichtsbarkeit, die die Zünfte in Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis, wie es in der amtlichen Begründung heißt, ausübten, haben ihre Grundlage in der straffen ständischen Organisation, die einen geschlossenen Personenkreis bildete, nicht aber in dem Bedürfnis, die arbeitsrechtliche Arbeit einem Sonderrecht in Bezug auf die Austragung von Streitigkeiten, die aus ihr entstehen, zu unterwerfen. Dem widerspricht auch nicht, daß man wohl mit Recht die in der R.-Gew.-O. noch enthaltene Gerichtsbarkeit der Innungen auf die Gerichtsbarkeit der Zünfte zurückführt. Das Bedürfnis, das jetzt zur Bildung eines eigenen Arbeitsrechts führt, hat eben in diesem Fall die Beibehaltung einer Einrichtung, die sich bewährt hat, die aber aus anderen Gründen heraus entstanden ist, gestattet.

Die Anfänge einer Arbeitsgerichtsbarkeit sind in der Zeit der französischen Revolution zu suchen. Damals bildete sich in dem Mittelpunkt des wichtigsten französischen Industriegebietes, in Lyon, die Einrichtung des Tribunal Commun heraus. Vor diesem wurden die Streitigkeiten zwischen Arbeitern und Fabrikanten von Fabrikanten als Richtern entschieden. Daraus entwickelte sich dann unter Napoleon I. der Conseil de Prud'hommes, der aus 5 Arbeitgebern und 4 Arbeitnehmern zusammengesetzt war. Alle diese Gerichte waren aber nur für Bagatellsachen zuständig.

In Deutschland bildeten sich zuerst in der Rheinprovinz infolge des französischen Einflusses die sogenannten „Fabrikengerichte" heraus, die dem Conseil de Prud'hommes entsprachen. Sie wurden dann später von Preußen als „königl. Gewerbegerichte in der Rheinprovinz" übernommen und weiter ausgebaut.

Staatliche Gewerbegerichte wurden weiterhin im Laufe des 19. Jahrhunderts im Königreich Sachsen und in Hamburg errichtet.

Sucht man nun nach einem gemeinsamen Merkmal bei den angeführten Gründungen besonderer Arbeitsgerichte, so fällt von vorne herein auf, daß es sich durchweg um heutige Industriegebiete handelt, die schon damals mindestens die Anfänge einer ausgesprochenen Industriebildung zeigten. Dieses Merkmal führt nun zur Erkenntnis des tatsächlichen Bedürfnisses, das zur Herausbildung eines Sonderrechts zunächst auf prozessualem Gebiet führte. Es ist dies die Leistung und Verwendung von arbeitsrechtlicher Arbeit in Massenbetrieben unter der Zuhilfenahme künstlicher Produktionskräfte, wie Wasser und Dampfkraft, später auch Elektrizität und Maschinen der verschiedensten Art. Diese Art der Arbeitsleistung und Verwendung macht den einzelnen der die Arbeit leistenden Menschen zu einer Nummer, zu einem allein fast bedeutungslosen Teil einer als solche bedeutsamen Masse. Dies schafft ganz besondere Verhältnisse und Bedürfnisse. So ergab sich die Notwendigkeit, zur Entscheidung von Streitigkeiten, die mit dieser Art der Arbeit in Zusammenhang standen, ein Gericht zu bilden, das von sich aus über die für diese Fälle nötige Sachkenntnis verfügte. Hierzu trat die Notwendigkeit, das Verfahren möglichst zu beschleunigen, da der Arbeitnehmer auf die Ergebnisse seiner Arbeit als seine ausschlaggebenden Einkünfte in ganz besonderem Maße angewiesen war und daher in Streitfällen in der Lage sein mußte, möglichst schnell und billig eine Entscheidung zu bekommen.

So war es also zusammengefaßt das Bedürfnis nach einer schnellen, billigen und im besonderen Maße sachverständigen Gerichtsbarkeit, das zur Schaffung des ersten Teiles eines Sonderrechts der arbeitsrechtlichen Arbeit und derer, die mit ihr zu tun haben, führte. Es darf dabei aber nicht übersehen werden, daß man sich besonders auch in Deutschland zur Einrichtung dieser Sondergerichte nur entschloß, weil man gleichzeitig damit dem Gedanken Rechnung trug, daß Bagatellsachen — als solche betrachtete man die Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern aus dem Arbeitsverhältnis — von der staatlichen Gerichtsbarkeit fern gehalten werden sollten. So ist in Frankreich z. B. der Conseil de Prud'hommes für Streitigkeiten bis zu 60 frs., später bis zu 100 frs. zuständig und hatte darüber hinaus nur eine Schiedsbefugnis. Ähnlich war es in Deutschland und hier ganz besonders in Preußen, das die Einrichtung der Sondergerichte den Gemeinden überließ. Zur Einrichtung einer Sondergerichtsbarkeit mit erweiterter Zuständigkeit entschloß man sich erst wesentlich später, nachdem sich auf anderen Gebieten, wie Schutzrecht, Versicherung etc., schon ein recht umfangreiches Arbeitsrecht ausgebildet hatte.

Es war naheliegend, daß sich zu dem Gedanken, den Arbeitnehmer bei der Austragung seiner Streitigkeiten zu schützen und zu unterstützen, auch der gesellte, ihm schon bei der Leistung seiner Arbeit möglichsten Schutz angedeihen zu lassen. Ein Eingreifen des Staates in die Regelung arbeitsrechtlicher Verhältnisse zum Zweck des Arbeiterschutzes mit seinen verschiedenen Aufgaben, wie z. B. Schutz des Lebens und der Gesundheit im allgemeinen, Schutz der

Kinder und der Frauen im Besonderen, wurde lang hintangehalten durch die Wirkungen, die der während der Zeit des Manchestertums geltende Grundsatz „Laissez faire, laissez aller" auf die allgemeine Geistesrichtung jener Zeit hatte. Da eine Selbsthilfe der betroffenen Kreise durch eine organisatorische Zusammenfassung derselben und durch geschlossenes Vorgehen erst sehr spät möglich war und einsetzte, und da private Hilfsmaßnahmen nicht ausreichten, mußte der Staat schließlich doch von sich aus eingreifen, um den Fabrikarbeiterstand in seiner körperlichen, moralischen und wirtschaftlichen Integrität zu sichern. In Deutschland waren es zunächst die großen Einzelstaaten, dann nach der Reichsgründung das Reich und die Bundesstaaten, die Gesetze zum Schutz des Arbeiterstandes erließen. Es handelte sich hierbei zunächst um Vorschriften öffentlichrechtlichen Charakters, deren Befolgung durch Polizei, Gewerbeaufsicht und ähnliche Institutionen erzwungen werden konnte. Alsbald ergingen aber auch Vorschriften, die direkt eine Regelung des Vertragsverhältnisses, auf dem die Beschäftigung des Arbeitnehmers beruhte, bezweckten, wie z. B. durch Kündigungsnormen, Vorschriften über die Art der Arbeitsleistung u. a. Solche Vorschriften brachte zuerst das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch.

Ein eigenes Gesetzgebungswerk, das dem Wohle der Arbeiter dient, entstand zunächst durch einzelne Gesetze im letzten Viertel des vorigen Jahrhunderts, die Sozialversicherung. Die verschiedenen Gesetze arbeitsrechtlichen Inhalts sind, wie dargelegt wurde, auf Grund dringender Bedürfnisse des praktischen täglichen Lebens entstanden. Es handelt sich um Normen der verschiedensten Rechtsgebiete, deren entsprechende systematische Einordnung an sich möglich wäre. Es war vor allem die ungeheuere Ausdehnung, die die arbeitsrechtliche Arbeit in ihren modernen Formen und Erscheinungen im modernen Leben gewonnen hat und die daraus folgernde, übergroße Anzahl der Fälle, in denen das Arbeitsrecht in Anwendung kommt, die die praktische Notwendigkeit entstehen ließen, die auf die verschiedensten Rechtsgebiete zerstreuten, arbeitsrechtlichen Normen zu einem eigenen einheitlichen Rechtsgebiet, dem Arbeitsrecht, zusammen zu fassen, um durch Erreichung einer größtmöglichen Übersichtlichkeit ihre Anwendung zu erleichtern.

Mit der Bildung des Arbeitsrechts parallel geht eine Entwicklung in der Richtung, daß man das Bedürfnis einer Sonderregelung nicht nur für die Klasse der industriellen Arbeiter und für in ähnlichen Verhältnissen lebende andere Arbeitnehmergruppen, sondern darüber hinaus auch für jeden Arbeitnehmer, der nicht oder nicht in dem Maße wie die Industriellen eines Schutzes bedürftig ist, bejaht. War es früher Grundlage der Anwendung arbeitsrechtlicher Normen, daß ein vertragliches Arbeitsverhältnis bestand, so ging man immer mehr dahin über, die Geltung arbeitsrechtlicher Normen von dem bloßen Tatbestand der Leistung arbeitsrechtlicher Arbeit abhängig zu machen. Die Zusammenfassung des Arbeitsrechts als eines in sich geschlossenen Rechtsgebietes wird dann unangreifbar sein, wenn man als Grundlage und Vorbedingung ihrer Wirksamkeit bei allen diesen Normen die reine Tatsache, daß arbeitsrechtliche Arbeit geleistet wird, geleistet worden ist oder geleistet werden soll, grundsätzlich anerkennt. Dieser Gedanke ist in sehr knapper Form in Art. 157 RV ausgesprochen: „Die Arbeitskraft steht unter dem besonderen Schutze des Reichs. Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht". Das soll etwas mehr ausgeführt

besagen: Die Arbeitskraft als die Kraft, von der alle Leistung arbeitsrechtlicher Arbeit abhängig ist, hat, wenn sie nutzbringend verwendet wird, aus Gründen der verschiedensten Art, wie der Wirtschaft, der Volkswohlfahrt etc. einen Anspruch auf besondere Berücksichtigung und besonderen Schutz. Deswegen soll ein einheitliches Arbeitsrecht geschaffen werden, das dieser Tatsache Rechnung trägt. Da die Arbeitskraft aber nur dann einer Sonderstellung würdig ist, wenn sie tatsächlich Arbeit leistet, ist die Grundlage des Arbeitsrechts und gleichzeitig das grundlegende Moment zur Bildung des Arbeitsrechts die tatsächliche Leistung arbeitsrechtlicher Arbeit mit allem, was damit in Zusammenhang steht. Aus dem in seinen Anfängen ein Sonderrecht bestimmter Berufsstände darstellenden Arbeitsrecht wurde das Recht aller der Menschen und der Verhältnisse des menschlichen Lebens, die mit der arbeitsrechtlichen Arbeit schlechthin in Verbindung stehen.

II. Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag.

1. Die Bedeutung der beiden Begriffe für das Arbeitsrecht.

Das Arbeitsrecht ist ein Sonderrecht. Bei Betrachtung eines Sonderrechts ist es eine der wichtigsten Aufgaben, dessen genaue Abgrenzung gegen das allgemeine Recht festzustellen. Was die Grundlage zu dieser Abgrenzung zu sein hat, ist verschieden je nach der Art des Sonderrechts. Das Arbeitsrecht ist das Recht einer menschlichen Tätigkeit, ihrer Verhältnisse und Auswirkungen jeder Art. Zu seiner Abgrenzung vom allgemeinen Recht wird man daher auf eben diese Tätigkeit zurückgreifen müssen. Da es sich aber um eine Tätigkeit handelt, die notwendigerweise von einer Person für eine andere geleistet wird, kommen wir in der Hauptsache zu 3 Gruppen, die als Grundlage zur Abgrenzung ebenso wie zum Aufbau des Arbeitsrechts in Betracht kommen. Das ist:

1) Die in Betracht kommende Tätigkeit, d. i. die arbeitsrechtliche Arbeit.
2) Die beiden Personen, die notwendiger Weise bei ihr vorhanden sein müssen, nämlich Arbeitgeber und Arbeitnehmer.
3) Das, was zwischen den beiden Personen für diese Tätigkeit wichtig und bedeutsam ist, d. i. das Arbeitsverhältnis und der Arbeitsvertrag.

Bei den Gruppen 1) und 2) handelt es sich um Begriffe, die sowohl in der Wissenschaft wie in der Praxis klargestellt sind und daher einer Untersuchung nicht bedürfen.

Bei der dritten Gruppe sind zwei Begriffe angeführt, die nicht wie die in Gruppe 2) angeführten sich gegenüberstehen, sonder parallel laufen. Bei ihnen kommt also zu ihrer genauen Definition noch die Frage ihrer Unterscheidung, Differenzierung und die weitere Frage hinzu, ob sie in gleicher Weise und in gleicher Richtung für das Arbeitsrecht bedeutsam sind, oder ob einer von beiden das in erhöhtem Maße ist, und welcher das ist.

2) Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag im Einzelnen.

a) Die Notwendigkeit der genauen Unterscheidung beider Begriffe.

Es wird an vielen Stellen in wissenschaftlichen und praktischen Werken darüber geklagt, daß im Gesetz bald von Arbeitsverhältnis, bald von Arbeitsvertrag die Rede ist, daß vor allem aber das Wort Arbeitsverhältnis bei weitem nicht immer in gleichem Sinn verwendet wird. Unter anderen weist auch Sinzheimer auf die Notwendigkeit der Unterscheidung von Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag hin, in dem er sagt: „.... sie zeigen, daß das Arbeitsverhältnis nicht mit dem Arbeitsvertrag identifiziert werden darf, das ein selbständiges, über das Arbeitsverhältnis hinausreichendes Rechtsverhältnis ist." Er weist dann noch unter einer besonderen Würdigung Potthoffs darauf hin, daß sich die neueste Rechtslehre in wachsendem Maße mit der Differenzierung zwischen Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag befasse. Ebenso weist Molitor[1]) auf diese Differenzierung hin. Als Begründung führt er besonders auch die verschiedenen Bedeutungen an, die man dem Begriffe Arbeitsverhältnis geben kann. Sehr deutlich weist auch Hueck[2]) auf diesen Zwiespalt hin. Er arbeitet wohl die verschiedenen Anwendungsmöglichkeiten der Begriffe Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis heraus, entscheidet sich aber nicht grundsätzlich für die Anwendung einer Deutung. Es ist das im Rahmen eines Lehrbuchs, das de lege lata geschrieben ist, auch zu verstehen. Will man aber weiter gehen und diese Begriffe, wenn auch nicht in der Hauptsache, de lege ferenda behandeln, d. h. auch die mögliche und wünschenswerte Fortentwicklung des ganzen Rechtsgebiets in Betracht ziehen, so ist es unbedingt nötig, sich für eine eindeutige Anwendung zu entscheiden. Hueck schreibt a. a. O.: „Der Begriff des Arbeitsvertrags kann wie der des Vertrags überhaupt in doppeltem Sinn gebraucht werden, er bedeutet zunächst den Vorgang der Willensbildung durch den Austausch entsprechender Willenserklärungen, den Vertragsabschluß: er bedeutet dann aber auch das aus diesem entspringende schuldrechtliche Verhältnis, das Arbeitsvertragsverhältnis." Hueck vergißt anscheinend hier, daß man unter Arbeitsvertrag sehr wohl auch schlechthin den Vertragstext, d. i. also die Summe der bei Vertragsabschluß vereinbarten Bedingungen in Bezug auf die zu leistende Arbeit verstehen kann. Wichtig und erfreulich ist, daß er in durchaus eindeutiger Weise das aus dem Arbeitsvertrag entspringende Schuldverhältnis Arbeitsvertragsverhältnis nennt. Er fährt dann in einem neuen Absatz fort: „Statt vom Arbeitsvertragsverhältnis spricht man wohl auch vom Arbeitsverhältnis schlechthin, ebenso wie man das aus dem Mietvertrag entspringende Rechtsverhältnis als Mietverhältnis bezeichnet . . . . . Dabei ist aber zu beachten, daß auch der Begriff des Arbeitsverhältnisses nicht eindeutig ist, sondern in der bisherigen Gesetzgebung wie in der Literatur in verschiedenem Sinn verwendet wird."

In der im vorigen festgestellten Tatsache, daß der Begriff Arbeitsverhältnis in verschiedenem Sinne verwendet werden kann und verwendet wird, liegt die Erklärung dafür, warum auch die Verwendung der Begriffe Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis nebeneinander bedenklich ist. Denn, wenn Arbeitsverhältnis

[1]) Molitor, der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes S. 37 ff.
[2]) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. I S. 97 ff.

nur der vereinfachte Ausdruck für Arbeitsvertragsverhältnis wäre, könnten Irrtümer und Meinungsverschiedenheiten nicht entstehen. Arbeitsverhältnis wäre dann einfach das aus dem Arbeitsvertrag entspringende Schuldverhältnis. Es bedeutete die Summe der rechtlichen Beziehungen, die aus dem Arbeitsvertragstext, der Summe der vereinbarten Normen oder Regeln, hervorgehen. Da aber Arbeitsverhältnis nicht nur eine einzige Bedeutungsmöglichkeit hat, ist für den richtigen Gebrauch beider Begriffe zuerst eine Untersuchung derselben im einzelnen nötig.

b) Die einzelnen Deutungsmöglichkeiten des Begriffes Arbeitsverhältnis.

Der Begriff Arbeitsverhältnis kann im wesentlichen die 4 folgenden Bedeutungen haben:

1) Das aus dem Arbeitsvertrag entspringende Schuldverhältnis, also das Arbeitsvertragsverhältnis.
2) Das zur Arbeit verpflichtende Rechtsverhältnis, gleichgültig, was der Grund seiner Entstehung ist.
3) Das faktische Arbeitsverhältnis, also der Zustand, dass tatsächlich Arbeit geleistet wird, unter Ausschaltung aller rechtlichen Gesichtspunkte.
4) Die Gesamtheit der Beziehungen des Arbeitgebers zu dem einzelnen Arbeitnehmer und der Arbeitnehmerschaft.

Unter arbeitsrechtlicher Arbeit wird bei allen diesen und folgenden Ausführungen die abhängige, entgeltliche Arbeit verstanden.

Im Folgenden sollen nun die einzelnen Deutungsmöglichkeiten des Begriffes Arbeitsverhältnis dargelegt werden.

aa) Arbeitsvertragsverhältnis.

Als erste mögliche Bedeutung des Begriffes Arbeitsverhältnis soll die behandelt werden, der der Gedanke zugrunde liegt, daß Arbeitsverhältnis gleichbedeutend mit dem aus dem Arbeitsvertrag entstehenden Schuldverhältnis ist. Es darf wohl gesagt werden, daß ein übergroßer Teil der Wissenschaft das Arbeitsverhältnis so aufgefaßt haben will. Lotmar z. B. spricht sich in seinem Standardwerk über den Arbeitsvertrag[1]) in diesem Sinne aus. Er will das Arbeitsverhältnis als das unter den Parteien durch den Arbeitsvertrag begründete Vertragsverhältnis verstanden haben. Er führt im einzelnen aus: „Unter Arbeitsverhältnis wird hier das durch den Abschluss eines Arbeitsvertrags unter den Parteien begründete Vertragsverhältnis verstanden; es ist ein Rechtsverhältnis. Das Dasein desselben ist, eben weil es ein Rechtsverhältnis ist, nicht durch das Bestehen des entsprechenden faktischen Verhältnisses bedingt, d. h. nicht davon abhängig, daß tatsächlich Arbeit geleistet wird. Das Arbeitsverhältnis genannte Rechtsverhältnis kann mit diesem tatsächlichen verbunden sein, und es kann ohne dieses bestehen. Das Rechtsverhältnis kann existieren, weil nämlich der Arbeitsvertrag geschlossen worden ist, während sein Vollzug, der Eintritt

[1]) Lotmar, Bd. I S. 58

in die Arbeit oder der Antritt der Stelle, hinausgeschoben worden ist. Das tatsächliche Verhältnis kann zeitweise aufgehoben und wiederhergestellt werden, während das Arbeitsverhältnis als Rechtsverhältnis ununterbrochen fortdauert ... Es kann endlich definitiv die Arbeit verlassen werden oder der Ausschluß von der Arbeit erfolgt sein, während gemäß dem Arbeitsvertrag das Rechtsverhältnis, d. i. das Arbeitsverhältnis, noch fortbesteht." Diese Auffassung geht davon aus, daß erste und wichtigste Grundlage des Arbeitsrechts und seiner Zuständigkeit der Arbeitsvertrag ist. Erst durch ihn wird das rechtlich bedeutsame Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer begründet. Zwar denkt auch Lotmar an das entsprechende tatsächliche Verhältnis, aber dieses ist für den Bestand des Arbeitsverhältnisses als Rechtsverhältnis ohne Bedeutung. Es ist nach seiner Ansicht daher auch ohne wesentliche Bedeutung für den Bestand des Arbeitsrechts im Ganzen, da dieses ja nach seiner Meinung vom Rechtsverhältnis abhängig ist. Führt man seine Ansicht konsequent durch, so müßten Normen, die nur und ausschließlich auf das praktische Verhältnis zurückgehen, Ausnahmen sein. Das Arbeitsverhältnis als Rechtsverhältnis wäre darnach der Angelpunkt des Arbeitsrechts. Sehr deutlich ist diese Ansicht von Kaskel vertreten und formuliert. Er schreibt in seinem Arbeitsrecht[1]): „Gegenstand des Arbeitsrechts im Rechtssinn ist nicht der „Schutz der Arbeitskraft" als solcher (Art. 157 RV.), sondern deren Verwendung. Diese erfolgt aber durch einzelne Arbeitnehmer auf Grund des Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen sie einem Arbeitgeber Lohnarbeit zu leisten haben (Arbeitsverhältnis). Gegenstand des Arbeitsrechts ist daher die Regelung der Rechtsstellung des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis und zwar in der Gesamtheit der für ihn daraus möglichen rechtlichen Beziehungen." Solche Beziehungen sind nach Kaskel in dreifacher Weise vorhanden, nämlich einmal zum Arbeitgeber, dem die Arbeitskraft vertraglich verdungen wird (Arbeitsvertrag), ferner zu den Mitarbeitern, mit denen der Einzelne im Betrieb oder in der Berufsorganisation zusammenwirkt (Arbeitsverfassung), und endlich zum Staat, der die Arbeitskraft seiner Bürger als nationales Gut der Gesamtheit zu erhalten und zu schützen hat (Arbeiterschutz). Kaskel sagt also mit anderen Worten, daß das Arbeitsverhältnis durch den Abschluß des Arbeitsvertrags entsteht, und daß die Regelung der rechtlichen Beziehungen dieses aus dem Vertrag entstandenen Arbeitsverhältnisses die Aufgabe des Arbeitsrechts sei. Er teilt diese Beziehungen in drei Gruppen ein, deren eine der das Arbeitsverhältnis begründende Vertrag selbst ist, deren andere aber über das privatrechtliche Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hinausgehen. Er macht also zur Grundlage des Arbeitrechts das auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages, des Arbeitsvertrags, entstandene Rechtsverhältnis, wenn er dann auch die aus diesem Rechtsverhältnis ergebenden Beziehungen sich über das privatrechtliche Gebiet hinaus erstrecken läßt.

Zusammengefaßt ergibt sich also, daß das Arbeitsverhältnis nach den angeführten Lehrmeinungen aufzufassen ist als ein Rechtsverhältnis, das auf Grund des Abschlusses eines Arbeitsvertrags entstanden ist. Im Folgenden wird der Begriff Arbeitsverhältnis in dieser Bedeutung Arbeitsvertragsverhältnis genannt werden.

[1]) Siehe Kaskel Arbeitsrecht § 2, 1.

bb) Arbeitsverpflichtungsverhältnis.

Die zweite mögliche Bedeutung des Begriffes Arbeitsverhältnis ist die, daß es das zur Arbeit verpflichtende Rechtsverhältnis ist, gleichgültig was der Grund seiner Entstehung ist, also der rechtliche Zustand des Verpflichtetseins. Das Arbeitsverhältnis in dieser Bedeutung genommen geht also über das Arbeitsvertragsverhältnis in Bezug auf seinen Entstehungsgrund hinaus. Das will also besagen, daß das Arbeitsvertragsverhältnis als Grundlage für das Arbeitsrecht in seinem Aufbau und seiner Ausgestaltung nach der jetzt zu behandelnden Lehrmeinung nicht verwendbar ist, weil es den Kreis der Fälle, für die das Arbeitsrecht nach ihm Anwendung zu finden hätte, zu eng zieht. Ein Arbeitsverhältnis im Sinne des Arbeitsrechts soll also vorliegen, wenn aus ihm heraus die Verpflichtung zur Leistung arbeitsrechtlicher Arbeit besteht, gleichgültig ob es durch Vertrag, Gesetz oder irgend eine rechtlich bedeutsame Tatsache entstanden ist. Den Begriff Arbeitsverhältnis in dieser Bedeutung kommt neben Kreller[1]) Sinzheimer mit seiner in seinem Werk „Grundzüge des Arbeitsrechts" angeführten Ansicht am nächsten.[2]) Er stellt dort Arbeitsverhältnis und Arbeitsverfassung als die beiden Bestandteile des Arbeitsverbandes fest. Im einzelnen definiert er dann das Arbeitsverhältnis wie folgt: „Das Arbeitsverhältnis ist ein Verhältnis zwischen Arbeitnehmern und einem Arbeitgeber zum Zweck der Arbeitsleistung." Das Arbeitsverhältnis entsteht nach Sinzheimer durch Vertrag oder ohne Vertrag. Er widmet dem ohne Vertrag entstandenen Arbeitsverhältnis ein besonderes Kapitel und führt in diesem zahlreiche Beispiele oder besser Gruppen solcher Arbeitsverhältnisse an. Alle diese von ihm angeführten Arbeitsverhältnisse haben das gemeinsame Merkmal, daß sie in der Darstellung Sinzheimers Rechtsverhältnisse sind, die auf Grund eines Rechtsaktes als begründender Tatsache entstanden sind. Bis auf ein Beispiel, das ist das auf Grund eines nichtigen Vertrages entstandene Arbeitsverhältnis, hat bei allen angeführten Beispielen der sie begründende Rechtsakt während der Dauer des Arbeitsverhältnisses fortlaufende Gültigkeit. Im Folgenden soll kurz die Ausnahme, das auf Grund eines nichtigen Vertrages entstandene Arbeitsverhältnis, wie Sinzheimer es darstellt, untersucht werden, um dabei darzulegen, daß das Arbeitsverhältnis auch bei Sinzheimer als der Zustand des Verpflichtetseins ohne Rücksicht auf den Entstehungsgrund verstanden werden muß. Sinzheimer schreibt über das Arbeitsverhältnis auf Grund nichtigen Vertrages: „Es kann sein, daß ein Anstellungsvertrag abgeschlossen worden ist, daß er aber aus irgend einem Grunde nichtig ist, und daß trotzdem, sei es mit oder ohne Wissen der Nichtigkeit, eine Beschäftigung des Arbeitnehmers stattfindet. Eine solche Beschäftigung ist ein Arbeitsverhältnis, und es ist gleichgültig, daß ein nichtiger Anstellungsvertrag sein Grund ist." Man könnte auf den ersten Blick annehmen, daß Sinzheimer hier kein Rechtsverhältnis im Auge hat, sondern nur die reine Tatsache, daß Arbeit geleistet wird, für beachtlich erklärt. Bei näherer Betrachtung der beiden Alternativen, mit Wissen oder ohne Wissen der Nichtigkeit, ergibt sich aber folgendes: Wissen die Parteien nicht um die Nich-

[1]) Kreller, Arch. Ziv. Pr. Bd. 122

[2]) Sinzheimer, Grundzüge d. Arbeitsrechts S. 109 ff.

tigkeit, so halten sie sich ohne weiteres für an den Vertrag gebunden, es besteht für sie, in ihrer Vorstellung, ein sie verpflichtendes rechtliches Verhältnis. Haben die Parteien den Vertrag mit Wissen der Nichtigkeit geschlossen und vollziehen ihn, so hat der Vertrag, so lange sein Vollzug andauert, für sie verpflichtende Wirkung. Sie wollen sich auf jeden Fall verpflichten. Es besteht also ein Verpflichtungsverhältnis. Aber auch ohne diese Ueberlegung kann hier nach Sinzheimers Darstellung nur ein Rechtsverhältnis, wenn auch ein nichtiges, d. h. mit negativen Folgen behaftetes, gesehen werden. Denn er sagt: „es ist gleichgültig, daß ein nichtiger Vertrag sein Grund ist", und will damit sagen, daß für das Arbeitsrecht das nichtige Arbeitsverhältnis dem zu Recht bestehenden grundsätzlich gleichzustellen sei. Das steht auch wiederum in Einklang mit seiner Definition des Arbeitsverhältnisses überhaupt: Es ist ein Verhältnis zwischen einem Arbeitgeber und Arbeitnehmer zum Zweck der Arbeitsleistung. Es ist daher nach Sinzheimer für das Arbeitsrecht allein maßgebend, daß ein Verhältnis besteht, das auf Grund irgend eines, sei es rechtsbeständigen oder nichtigen rechtlichen Aktes zwischen den Parteien zustande gekommen ist zu dem Zwecke, Arbeit mit dem für beide Teile verpflichtenden und berechtigenden Folgen leisten zu können. Es soll eben Arbeitsverhältnis als Grundlage des Arbeitsrechts nicht davon abhängig gemacht werden, daß ein besonderer und rechtlich wirksamer Akt sein Entstehungsgrund ist. Das aber ist der Zustand des Verpflichtetseins ohne Rücksicht auf seine Entstehungsursache. Er ist aber nicht dem rein tatsächlichen Zustand, daß Arbeit geleistet wird, gleichzustellen. Denn dieser rein tatsächliche Zustand steht für sich allein, seine Bedeutung ist von vorneherein keine rechtliche, sondern eine physische und wirtschaftliche. Noch an einer anderen Stelle seiner Untersuchung des Arbeitsverhältnisses denkt Sinzheimer scheinbar, aber auch nur scheinbar, an den rein tatsächlichen Zustand der Leistung von Arbeit. Er führt dort folgendes aus: „Arbeitsverhältnis ist ein Verhältnis, das sich aus dem Vollzug der Arbeitsleistung ergibt. Es ist weiterhin ein Verhältnis, in dem der Arbeitgeber über die Arbeitskraft eines Arbeitnehmers für sich zu verfügen tatsächlich in der Lage ist, auch wenn eine Arbeitsleistung nicht bewirkt wird (man denke an den Arbeitnehmer, der sich in Arbeitsruhe befindet). Und es ist schließlich ein Verhältnis rechtlicher Bindung ohne Rücksicht darauf, ob tatsächlich der Arbeitgeber über die Arbeitskraft eines Arbeitnehmers für sich zu verfügen in der Lage ist und eine Arbeitsleistung erfolgt. (Man denke an den vertragsbrüchigen Arbeitnehmer.) Wir nennen das Arbeitsverhältnis in den ersten beiden Fällen auch Beschäftigungsverhältnis. Das Beschäftigungsverhältnis ist stets ein Arbeitsverhältnis. Aber nicht jedes Arbeitsverhältnis ist ein Beschäftigungsverhältnis. Es kann ein Arbeitsverhältnis bestehen, ohne daß ein Beschäftigungsverhältnis entstanden ist. Das Beschäftigungsverhältnis beginnt, wenn das Arbeitsverhältnis angetreten ist." Auch hier könnte man denken, dass mit dem Beschäftigungsverhältnis der rein tatsächliche Zustand der Arbeitsleistung gemeint ist. Es ist aber nicht so zu verstehen, daß bei Antritt der Arbeit eine neue Art des Arbeitsverhältnisses, das Beschäftigungsverhältnis, entsteht, daß folglich das Beschäftigungsverhältnis eben nichts anderes als die tatsächliche Arbeitsleistung verkörpert. Sinzheimer sagt, das Beschäftigungsverhältniss sei stets ein Arbeitsverhältnis, aber nicht jedes Arbeitsverhältnis sei ein Beschäftigungsverhältnis. Das will heißen, daß zum bloßen Arbeitsverhältnis ein Mehr,

etwas Neues hinzukommen muß, damit ein Beschäftigungsverhältnis entsteht. Dieses letztere bleibt aber immer ein Arbeitsverhältnis. Es entwickelt sich aus diesem. Das Beschäftigungsverhältnis ist also eine Entwicklungsstufe des Arbeitsverhältnisses im allgemeinen. Diese Entwicklungsstufe wird erreicht, wenn die Arbeitsleistung beginnt, d. h. wenn die Verpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis erfüllt wird, und zwar nicht mit einem einmaligen, tatsächlichen oder rechtlichen Akt, sondern durch andauernde Tätigkeit, weil es sich um ein Dauerverhältnis handelt. Das Beschäftigungsverhältnis ist also das Arbeitsverhältnis im Stadium der Erfüllung. Die tatsächliche Leistung der Arbeit ist daher die rechtlich bedeutsame Tatsache, die aus dem Arbeitsverhältnis das Beschäftigungsverhältnis macht; aber sie ist nicht das Beschäftigungsverhältnis selbst. Es handelt sich daher auch beim Beschäftigungsverhältnis um das zur Arbeit verpflichtende Rechtsverhältnis; allerdings im Stadium der Erfüllung.

Das Wort und der Begriff Arbeitsverhältnis in dem im Vorhergehenden behandelten Sinne bedeutet also das Rechtsverhältnis, das zur Arbeitsleistung verpflichtet, oder vom Standpunkt der Beteiligten aus gesehen, den Zustand des sich zur Leistung von Arbeit Verpflichtetfühlens, ohne daß es bei diesem Rechtsverhältnis oder Zustand auf den Entstehungsgrund ankommt. Das Arbeitsverhältnis in dieser Bedeutung soll im Folgenden Arbeitsverpflichtungsverhältnis genannt werden.

cc) Arbeitsleistungsverhältnis.

Als dritte Möglichkeit der Auffassung des Begriffes Arbeitsverhältnis soll das sogenannte faktische Arbeitsverhältnis behandelt werden, dessen Betrachtung auf ganz anderem Gebiet liegt als die der im vorhergehenden besprochenen Deutungsmöglichkeiten. Man kann unter Arbeitsverhältnis als einer Grundlage des Arbeitsrecht das faktische Arbeitsverhältnis verstehen, also den Zustand, daß tatsächlich arbeitsrechtliche Arbeit geleistet wird unter Ausschaltung aller rechtlichen Gesichtspunkte. Das besagt, daß das Arbeitsverhältnis zu verstehen ist als die physische und ökonomische Tatsache, daß eine Person einer anderen Arbeit einer bestimmten Art leistet. Die Art dieser Arbeit ist nicht immer gleichbleibend. Es ist immer die Art der Arbeit, bei der das Bedürfnis vorhanden ist, für sie und alle Personen und Verhältnisse, die mit ihr im Zusammenhang stehen, ein Sonderrecht zu schaffen. Das ist für unsere Zeit allgemein die arbeitsrechtliche Arbeit, d. i. wie bereits angeführt, die Arbeit, die abhängigerweise geleistet wird, und bei der sich der Leistende in einem Zustand wirtschaftlicher Unselbständigkeit befindet. Die Abhängigkeit ist hier ein Merkmal der Arbeit an sich, d. h. daß die Arbeit eben als solche nicht mit demselben Erfolg, den der Leistende für sich und als Ergebnis der Arbeit bezweckt, geleistet werden könnte, wenn es nicht in Abhängigkeit geschieht. Diese Abhängigkeit entsteht also nicht erst auf Grund eventl. dahin abzielender vertraglicher Abmachungen, sondern sie ist ein besonderes Merkmal und eine besondere Eigenschaft der in Betracht kommenden Arbeit. Mit all diesen Fragen hat sich be-

sonders eingehend Potthoff befaßt. Er weist auf den Zwiespalt zwischen der rechtlichen Entwicklung des Arbeitsrechts und der Entwicklung hin, wie sie nach seiner Ansicht wirtschaftlich und sozial wünschenswert und notwendig ist. Er stellt fest, daß die rechtliche Entwicklung dahingehe, den Arbeitnehmer als den einen Vertragsteil beim Arbeitsverhältnis, das dabei ein reines Schuldverhältnis, eine Obligation sei, dem anderen Vertragsteil, dem Arbeitgeber gleichzustellen, sodaß beide gleichsam Unternehmer, der eine der seiner eigenen körperlichen Arbeit, der andere der seines Betriebes sei. Er deckt in durchaus einleuchtender Weise die Unmöglichkeit auf, dieses Ziel der Rechtsentwicklung mit den tatsächlichen Verhältnissen der Arbeit, um die es sich handelt, zu vereinen. Er sagt, es gehört zu dieser Arbeit, die in der übergroßen Anzahl der in Betracht kommenden Fälle Arbeit in Großbetrieben ist, daß sie abhängig ist, daß der einzelne im Ganzen, der Organisation des Betriebes, eingefügt wird. Es ist eine Eigenschaft dieser Arbeit, daß ihre schuldrechtliche Regelung einen ganz geringen Teil ihrer Bedürfnisse umfaßt. Die Arbeit oder richtiger das Arbeitsverhältnis, wie es tatsächlich besteht, besteht nicht auf Grund eines eventl. anbeschlossenen Arbeits- oder Anstellungsvertrages, es besteht, weil es auf Grund der heutigen Lebensmöglichkeiten so sein muß. Potthoff sagt ganz richtig, wenn die Arbeitnehmer selbst die Unternehmer seien und ihr Verhältnis zum Betrieb z. B. durch einen Gesellschaftsvertrag geregelt würde, so würde das am Arbeitsverhältnis in seiner tatsächlichen Form gar nichts ändern, wenn der Betrieb überhaupt weitergeführt werden soll. Die wünschenswerte Entwicklung des Arbeitsrechts sei daher, das Arbeitsverhältnis personenrechtlich und sozialrechtlich, aber nicht schuldrechtlich zu regeln. Er macht also das Arbeitsverhältnis grundsätzlich unabhängig von einem vorhandenen Vertrag oder einem rechtlichen aufzufassenden Verhältnis. Grundlage des Arbeitsrechts ist nach ihm die Tatsache, daß Arbeit geleistet wird, eine Tatsache, die eben die Abhängigkeit der leistenden Personen bedingt. Er sagt wörtlich[1]): „Die Geltung des Arbeitsrechts ist grundsätzlich unabhängig vom Abschluß eines Arbeitsvertrages. Es greift überall da ein, wo „Beschäftigung" eines Bürgers durch einen anderen (oder eine Gemeinschaft, Vereinigung, Körperschaft oder Behörde) stattfindet. Es regelt die Bedingungen, unter denen jemand die Arbeit eines anderen in seine Dienste stellen darf, an ihr verdienen darf. Es regelt die Organisation der deutschen Arbeit und läßt nur diejenigen Gebiete frei, auf denen eine besondere Organisation nicht erforderlich oder durch altgewohnte Sitte gegeben ist. Die Grenze ist dabei flüssig, und das Arbeitsrecht wird seinen Arm überall dorthin strecken, wo Not oder Organisationszwang das Bedürfnis dazu wecken." Mit anderen, vielleicht nüchterneren Worten gesagt, sind dieselben Gedanken schon oben ausgeführt worden. Die Grenze des Arbeitsrechts ist flüssig. Sie verändert sich mit dem Umfang und der Art der Arbeit, die einer Sonderregelung bedürftig ist. Will man daher trotzdem das Arbeitsrecht gegen das allgemeine Recht sicher und eindeutig abgrenzen, so darf man nicht eine Rechtsform, ein rechtlich umgrenztes Arbeitsverhältnis zu seiner Grundlage machen, sondern muß den tatsächlichen Zustand der Leistung arbeitsrechtlicher Arbeit als Grundlage betrachten. Ich will den Begriff Arbeitsverhältnis in dieser Bedeutung im Folgenden **Arbeitsleistungsverhältnis** nennen.

[1]) Siehe Potthoff a. a. O. S. 32

dd) Arbeitsverfassungsverhältnis.

Noch eine vierte Möglichkeit der Auffassung des Begriffes Arbeitsverhältnis ist zu untersuchen. Es soll betrachtet werden als die Gesamtheit der Beziehungen des Arbeitgebers zu dem einzelnen Arbeitnehmer und zu der Arbeitnehmerschaft. Bei dieser Definition des Begriffes Arbeitsverhältnis ist das Gewicht zu legen auf „zu dem einzelnen Arbeitnehmer und zu der Arbeitnehmerschaft". Es handelt sich hierbei weiterhin nicht um die Beziehungen zwischen dem Arbeitgeber einerseits und dem einzelnen Arbeitnehmer und der Arbeitnehmerschaft andererseits. Es handelt sich nicht um Beziehungen, die z. B. durch sich gegenüberstehende Verpflichtungen hervorgerufen werden, sondern es handelt sich um die Beziehungen des Arbeitnehmers zu den die Arbeit leistenden und ihrer Gesamtheit. Es handelt sich also um alles das, was den Arbeitgeber mit dem einzelnen Arbeitnehmer und der Arbeitnehmerschaft verbindet. Es kommt hier nicht auf die rein schuldrechtlichen Beziehungen an, denn schuldrechtliche Beziehungen stellen wohl ein Verhältnis zwischen zwei Parteien her, aber sie verbinden sie nicht. Denn rein schuldrechtliche Beziehungen erschöpfen sich in der gegenseitigen Verpflichtung und erlöschen mit der Erfüllung derselben. Die hier gemeinten Beziehungen sind die Auswirkungen des Interesses, das der Arbeitgeber am einzelnen Arbeitnehmer und der Gesamtheit der Arbeitnehmer hat, ebenso wie des Interesses des Arbeitnehmers und der Gesamtheit der Arbeitnehmer an dem Arbeitgeber. Es handelt sich um das von Vielen sogenannte Treuverhältnis und seine Grundlagen, die in dem Bedürfnis beider Teile an dem Vorhandensein des anderen und der Verbindung mit ihm zu suchen sind. Der Arbeitgeber braucht den einzelnen Arbeitnehmer ebenso wie die Gesamtheit als einen wichtigen Teil seines Unternehmens, zugleich als Triebkraft wie als den diese Triebkraft im einzelnen leitenden Willen und Verstand. Die Gesamtheit der Arbeitnehmer, die Arbeitnehmerschaft, stellt die Menge menschlicher Körperkraft dar, die zum Arbeiten des Betriebes nötig ist. Der einzelne Arbeitnehmer ist die Einzelquelle dieser Gesamtarbeitskraft, die die Verwendung im Einzelnen ermöglicht. Er ist zugleich der Träger des Willens und des Verstandes, der die Einzelarbeitskraft bei ihren einzelnen, ihr zugeteilten Beschäftigungen lenkt. Der Arbeitgeber stellt für den Arbeitnehmer die Möglichkeit dar, seine Kraft und Fähigkeit auszunützen und zu verwerten. Er gibt ihm Arbeitsstätte und Arbeitsmöglichkeit. Dieses beiderseitige Interesse am anderen führt zu einer Verbundenheit, die nicht sachlicher, materieller Art ist. Diese Verbundenheit äußert sich in dem persönlichen Verhältnis zwischen den beiden Parteien. Dieses persönliche Verhältnis wird oft Treueverhältnis genannt, wohl in der Erinnerung an das alte germanische Dienstrecht mit seinem Institut des Treudienstvertrages. Ich halte diesen Ausdruck nicht für glücklich, da einerseits das heutige personenrechtliche Verhältnis nicht wie beim Treudienstvertrag der Ausgangspunkt der Verbundenheit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist und andererseits rein wörtlich genommen das Wort Treue ein falsches Bild der gegenseitigen Beziehungen, wie sie gewollt und gedacht sind und wie sie geregelt sind, gibt. Der Begriff Treue hat einen zu ausgesprochen auf moralischem Gebiet liegenden Charakter, um auf ein modernes Arbeitsverhältnis im personenrechtlichen Sinn grundsätzlich angewendet werden zu können. Selbstverständlich ist es möglich, daß Arbeitgeber und Arbeitnehmer einander gefühls-

mäßig in Treue verbunden sind. Aber es ist zum allermindesten nicht der Regelfall. Bedingt ist das durch den modernen Großbetrieb, der persönliche Fühlungsnahme verhindert oder erschwert, und durch die in vielen Fällen leider grundsätzlich gegnerische Stellung der beiden Parteien des Arbeitsverhältnisses. Im Großbetrieb bestehen die personenrechtlichen Beziehungen des Arbeitgebers daher meist und überwiegend zur Gesamtheit der Arbeitnehmer, während vom Standpunkt der Arbeitnehmer aus gesehen vorwiegend der einzelne Arbeitnehmer dem Arbeitgeber personenrechtlich verbunden ist. Die Arbeitnehmerschaft, als Summe der einzelnen Arbeitnehmer betrachtet, hat keine besonderen Verpflichtungen. Sie hat sie erst dadurch, daß sie auf Grund besonderer Einrichtungen den einzelnen vertritt und repräsentiert. Diese Beziehungen persönlicher und personenrechtlicher Art zu dem einzelnen Arbeitnehmer und der Arbeitnehmerschaft äußern sich in der Organisation des Betriebes im einzelnen wie der Zusammenfassung mehrerer Betriebe gleicher Art oder mehrere Betriebe innerhalb eines räumlichen Bereichs und ihrer Arbeitgeber und Arbeitnehmer zum Zweck der gemeinsamen Regelung personenrechtlicher und anderer Beziehungen. Für diese Organisation sind die maßgebenden Regeln zusammengefaßt in der Arbeitsverfassung. Von dem Arbeitsverhältnis in diesem Sinn, dem Organisationsverhältnis oder Arbeitsverfassungsverhältnis spricht auch Pottoff [1]). Nur faßt er es m. E. zu einseitig vom Standpunkt des Arbeitgebers aus gesehen auf und kommt auf diese Weise zu ganz besonders im Interesse der Arbeitnehmer gelegenen Ergebnissen. Man muß es auffassen von dem bei beiden Teilen vorhandenen zusammenwirkenden Interesse. Es ist für das Bestehen eines Betriebes im weitesten Sinn genommen, in dem arbeitsrechtliche Arbeit geleistet wird, nötig, daß das Interesse sowohl des Arbeitgebers wie des Arbeitnehmers vorhanden ist. Zu eng und m. E. ganz einseitig bestimmt Sinzheimer [2]) in seinen Grundzügen des Arbeitsrechts den Begriff der Arbeitsverfassung. Er sagt: „Die Arbeitsverfassung ist die Beziehung des Arbeitsverbandes, welche zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern zum Zwecke der gemeinschaftlichen Ausübung von Verfügungsrechten der Arbeitgeber besteht". Er begeht hierbei den grundsätzlichen Fehler, das Arbeitsrecht als das Sonderrecht des Arbeitnehmers allein zu betrachten, während es das Sonderrecht der arbeitsrechtlichen Arbeit als solcher ist. Es steht mit dieser Auffassung nicht im Widerspruch, daß das Arbeitsrecht sich vorwiegend mit den Verhältnissen und Rechten der Arbeitnehmer befaßt. Es hat dies seinen Grund allgemein darin, daß der Arbeitnehmer auch jetzt noch als der grundsätzlich in jeder Beziehung schwächere Teil angesehen wird. Daß das nicht mehr ganz richtig ist, bedarf unter Hinweis auf die große Macht, die die Arbeitnehmerverbände besitzen, wohl keines weiteren Beweises mehr. Es ist selbstverständlich, daß der Arbeitnehmer im Gegensatz zum Arbeitgeber der rein persönlichen Fürsorge und des Schutzes bedarf. Aber das ist nur ein Teil der Aufgabe des Arbeitsrechts. Die Arbeitsverfassung im Besonderen hat es auch nicht nur mit der Ausübung von Verfügungsrechten des Arbeitgebers zu tun. Die gemeinsame Ausübung von Verfügungsrechten des Arbeitgebers durch diesen und die Arbeitnehmer ist eine politische und soziale Forderung, deren Berechtigung hier nicht zu untersuchen ist. Die Arbeitsverfassung hat es aber allgemein mit der Regelung der beiderseitigen persönlichen Beziehungen und Verhältnisse

[1]) Siehe Potthoff a. a. O. S. 18

[2]) Siehe Sinzheimer a. a. O. S. 109, vergl. auch S. 11 ff.

zu tun. Soweit diese persönlichen Beziehungen und Verhältnisse durch Verfügungsrechte des Arbeitgebers betroffen werden, ist eine Regelung der Ausübung dieser Rechte Gegenstand der Arbeitsverfassung. Die grundsätzlich gemeinsame Ausübung von Verfügungsrechten wäre insbesondere kein Gegenstand des Arbeitsrechts als Sonderrecht, sondern eine Frage allgemeiner Rechtsprinzipien und Grundbegriffe.

Die Arbeitsverfassung ist die Zusammenfassung der Normen, die zum Zwecke der Regelung der personenrechtlichen Beziehungen von Arbeitgeber zu Arbeitnehmer und Arbeitnehmerschaft, ihrer Auswirkungen und der sie berührenden rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse geschaffen. Sie ist geschaffen mit dem Ziele, die beiderseitigen Interessen in ihrem berechtigten Umfang zu wahren und in Einklang zu bringen und die Austragung von Meinungsverschiedenheiten auf diesem Gebiete so zu ermöglichen, daß beide Parteien in der Lage sind, ihren Standpunkt in möglichster Unabhängigkeit zu vertreten. Das Arbeitsverhältnis als die Zusammenfassung aller dieser Beziehungen soll im Folgenden Arbeitsverfassungsverhältnis genannt werden.

ee) Arbeitsverhältnis im weiteren Sinn.

Schließlich und endlich kann man unter Arbeitsverhältnis die Zusammenfassung aller möglichen in Betracht kommenden rechtlichen und tatsächlichen, sachenrechtlichen und personenrechtlichen, privatrechtlichen und öffentlich rechtlichen Beziehungen und die aus deren Regelung hervorgegangenen Rechtsverhältnisse verstehen. Dieses Arbeitsverhältnis im weiteren Sinn, wie es auch genannt wird, ist das Produkt der tätsächlichen Verhältnisse jeder Art und ihrer Regelung in den verschiedenen Teilen des Arbeitsrechts. Es ist eine Folge des Wirkens des Arbeitsrechts im Ganzen und scheidet daher für eine Betrachtung, die es mit den Grundlagen des Arbeitsrechts zu tun hat, von vorne herein aus.

Es stehen sich also jetzt Arbeitsvertragsverhältnis, Arbeitsverpflichtungsverhältnis, Arbeitsleistungsverhältnis und Arbeitsverfassungsverhältnis gegenüber. Die Frage, welcher dieser Begriffe als Grundlage des Arbeitsrechts und als Merkmal für die Abgrenzung desselben vom allgemeinen Recht anzusehen ist, soll nach einer Untersuchung des Arbeitsvertrags im Zusammenhang mit dem Ergebnisse derselben behandelt werden.

c) Der Arbeitsvertrag.

Als der zweite in dieser Arbeit zu untersuchende grundlegende Begriff des Arbeitsrechts ist der Arbeitsvertrag zu behandeln. Auch über den Arbeitsvertrag gibt es, vor allem in der Wissenschaft, sich widersprechende Ansichten. Der Arbeitsvertrag tritt in so verschiedenartigen Formen auf, daß es nicht leicht ist, ihn juristisch einwandfrei und genau zu umschreiben. Man kann von zwei Standpunkten im wesentlichen ausgehen: Man kann ihn auffassen als das Ergebnis einer mehr oder minder langen rechtsgeschichtlichen Entwicklung, kann ihn also zu erklären und zu umschreiben versuchen auf Grund der rechtlichen

Formen, aus denen er entstanden zu sein scheint, und ihn systematisch in das übrige Recht und seine Institute einordnen. Man kann ihn aber auch zu erkennen versuchen als selbständige, unabhängige Rechtsform auf Grund der Erkenntnis des Arbeitsrechts als eines in sich geschlossenen einheitlichen und eigenartigen Rechtsgebiets. Beide Möglichkeiten sollen in dem Umfang, den die vorliegende Arbeit zuläßt, behandelt werden.

Der Arbeitsvertrag soll wie das Arbeitsverhältnis im vorhergehenden Abschnitt zuerst nach den angedeuteten verschiedenen Möglichkeiten der Betrachtung behandelt werden. In einem darauffolgenden weiteren Kapitel sollen dann beide Begriffe so, wie sie nach Ansicht des Verfassers als wichtigste Grundlagen des Arbeitsrechts aufgefaßt werden müssen, behandelt werden.

aa) Arbeitsvertrag und Anstellungsvertrag als Begriffsbezeichnung.

Als erstes soll versucht werden, den Arbeitsvertrag zu erklären als das derzeitige Ergebnis einer rechtsgeschichtlichen Entwicklung unter Klarlegung seines Verhältnisses zu verwandten Rechtsformen des bestehenden Rechts und seiner Unterscheidung von demselben. Das Wort Arbeitsvertrag als Bezeichnung einer Rechtsform kann man in zwei Bedeutungen verwenden: Man kann damit allgemein den Vertrag, der in Bezug auf menschliche Beschäftigung, also nicht nur auf arbeitsrechtliche Arbeit, abgeschlossen wird, bezeichnen. In diesem Fall müßte für den Vertrag über arbeitsrechtliche Arbeit, der ein Arbeitsvertragsverhältnis zum Entstehen bringt, eine besondere Bezeichnung gewählt werden. Als solche wird von vielen der Ausdruck Anstellungsvertrag verwendet.[1]) Oder aber man kann unter Arbeitsvertrag nur den Vertrag über arbeitsrechtliche Arbeit verstehen. Im Folgenden soll, ohne daß das eine Stellungnahme und Entscheidung in Bezug auf die angedeuteten Fragen bedeuten soll, der Begriff Arbeitsvertrag im weitesten Sinne verwendet werden und für den Vertrag über arbeitsrechtliche Arbeit die Bezeichnung Anstellungsvertrag in Anwendung kommen. Als Arbeitsvertrag kommt also zunächst der Vertrag über irgend eine menschliche Arbeitsleistung in Betracht. Seine wesentlichen Formen sind nach bestehendem Recht der Dienstvertrag und der Werkvertrag, zu denen der An-Anstellungsvertrag als eine Unterform des Dienstvertrages und damit des Arbeitsvertrages im weitesten Sinne hinzukommt, dessen Verhältnis zum Dienstvertrag und Werkvertrag Gegenstand der Untersuchung sein muß.

bb) Geschichtliche Entwicklung.

Die geschichtliche Entwicklung des Arbeitsvertrages knüpft an an das Sklavenverhältnis.[2]) Die körperliche Arbeit wurde in den ältesten Zeiten in überwiegendem Maße von Sklaven geleistet. Derjenige, der keine eigenen Sklaven besaß, mietete sich zu diesem Zweck fremde. Da der Sklave rechtlich als

[1]) Vergleiche u. a. Sinzheimer und Nikisch a. a. O.
[2]) Vergleiche Kaskel a. a. O. A. 48

Sache behandelt wurde, wurde für Rechtsgeschäfte, die in Bezug auf den Sklaven abgeschlossen wurden, das Sachenrecht und im besonderen die für die Sachmiete bestehenden Rechtsformen angewendet. Der Begriff der Unfreiheit verband sich dabei mit der Leistung von körperlicher Arbeit für einen anderen in solchem Maße, daß bei der Verpflichtung Freier zur Arbeitsleistung für andere eine Selbstverknechtung zum Zwecke des Abverdienens eines gegebenen Darlehens (dem Entgelt) angenommen wurde. Diese Selbstverknechtung für die Zeit der Arbeitsleistung wurde später als Selbstvermietung aufgefaßt und dadurch der Übergang zum freien Arbeitsvertrag gebildet. Die Entwicklung in diesen großen Zügen ist nicht unbestritten. Doch kommt es für die vorliegende Arbeit auf eine genaue Darlegung der in der Wissenschaft vertretenen Lehrmeinungen in dieser Beziehung nicht an.

Auch das römische Recht betrachtete die Lohnarbeit nicht als eine Betätigung der freien Persönlichkeit, sondern als ein der Gebrauchsüberlassung fähiges Sachgut. Der Arbeitsvertrag wurde mit zu dem Oberbegriff der Miete gerechnet, d. i. die Gebrauchsüberlassung gegen Entgelt überhaupt. Die drei Formen der Miete (locatio sonductio) waren die l. c. rei, d. i. die Gebrauchsüberlassung einer Sache, die l. c. operis, d. i. die Bestellung einer Werkleistung, und endlich die l. c. operarum, d. i. die Gebrauchsüberlassung einer Arbeitskraft, eigentlich der Dienste, die sie leistet. Die Gebrauchsüberlassung gegen Entgelt galt aber grundsätzlich nur für die operae illiberales, worunter die von den niederen Volksständen zu leistenden Dienste verstanden wurden. Die operae liberales, die etwa unseren heutigen sogenannten Diensten höherer Art vergleichbar sind, die auch der freie Römer leistete, wurden grundsätzlich nicht gegen Entgelt geleistet. Als Rechtsform für diesen letzteren Fall wurde das mandatum, das unentgeltliche Auftragsverhältnis, verwendet. Als Entgelt kam nur eventuell ein honorarium (Ehrensold) in Betracht, das aber erst in der Kaiserzeit einklagbar wurde. Der Arbeitsvertrag des römischen Rechts war ein reiner Schuldvertrag. Die personenrechtlichen Folgen ergaben sich als notwendige Vorbedingung oder Auswirkung aus der Art der Arbeitsleistung, also des Gegenstandes des Schuldvertrags.

Im Gegensatz dazu sind im alten germanischen Recht personenrechtliche Wirkungen der Ausgangspunkt gewesen. Der Germane betrachtete die Arbeit im Dienst eines Herrn als des freien Mannes würdig. Das Dienstverhältnis war eng verbunden mit dem persönlichen Treueverhältnis. Das Treueverhältnis wurde sogar in gewissem Maße als die Hauptsache behandelt. Als älteste Form kennen wir hier den Treudienstvertrag. Das war ein Vertrag zwischen Gefolgsmann und Gefolgsherrn. Die personenrechtlichen, bezw. familienrechtlichen Folgen — es war anfangs Aufnahme in die Hausgemeinschaft damit grundsätzlich verbunden — des Treudienstvertrages waren ursprünglich der Ausgangspunkt und der Zweck des Vertragsabschlusses, die schuldrechtlichen Folgen, Verpflichtung zur Dienstleistung einerseits, Unterhalt und Entgelt andererseits, kamen erst in zweiter Linie, gleichsam als Folge des personenrechtlichen Verhältnisses. Der Treudienstvertrag wurde vollzogen durch den symbolischen Akt der commendatio, mit der sich der Gefolgsmann, später auch der Vasall überhaupt, in die Gewalt des Gefolgsherrn begab. Durch die Vermischung mit dem sachenrechtlichen Geschäft des Lehens verschwand im Laufe des Mittelalters der alte Treudienstvertrag immer mehr. Es entwickelte sich langsam ein mehr schuldrechtlicher Vertrag,

bei dem die personenrechtlichen Beziehungen durch die Art der zu leistenden Arbeit bedingt waren und von ihr hervorgerufen wurden. So wurde der ursprünglich vorwiegend personenrechtliche deutsche Dienstvertrag zu einem reinen Schuldvertrag über Arbeit, d. h. über Dienste jeder Art, bei dem aber durch das Verhältnis der Überordnung und Unterordnung zwischen Herr und Diener personenrechtliche Folgen hervorgerufen wurden.

Die Rezeption des römischen Rechts brachte die Auffassung des Arbeitsvertrages als einer Unterart der Miete, also eines Vertrages über Dienst- oder Arbeitsmiete, wenn auch in Sonderrechten (z. B. Bergrecht und Seerecht) der eigentliche entgeltliche Arbeitsvertrag als schuldrechtlicher und personenrechtlicher Vertrag eigener Art fortlebte.

Die Vorschriften des Bügerlichen Gesetzbuches entsprechen vorwiegend der deutschrechtlichen Auffassung und sind außerdem durch soziale Gedankengänge entscheidend beeinflußt worden. Die neueste Entwicklung geht mehr auf das römische Recht zurück. Das hängt hauptsächlich mit den folgenden Gedankengängen zusammen: Der Anstellungsvertrag wird in weit überwiegendem Maße als notwendiger schuldrechtlicher Vertrag aufgefaßt. Bei einem solchen sind die personenrechtlichen Folgen an sich nicht notwendiger Vertragsinhalt, sie können nicht mit Hauptinhalt des Vertrages sein. Um sie aber entsprechend dem Zweck des Arbeitsrechts zu regeln, wird die Ausgestaltung des Anstellungsvertrages im einzelnen immer mehr von dahin wirkenden, die Vertragsfreiheit einschränkenden gesetzlichen Vorschriften und durch Normen, die in kollektiven Verträgen zwischen den Organisationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart werden, beeinflußt. Um die gewünschte Gleichstellung der Parteien des Anstellungsvertrages erreichen zu können, glaubt man anscheinend auf das personenrechtliche Beziehungen nicht kennende römische Rechtsgeschäft der Dienstmiete zurückgehen zu müssen. Die gesetzlichen Vorschriften, die teils zwingenden, teils nachgiebigen Charakter haben, werden durch die in kollektiven Vereinbarungen gesetzten Normen ergänzt. Die kollektive Vereinbarung, deren Hauptformen der Tarifvertrag und die Betriebsvereinbarung sind, sind in Bezug auf ihr Zustandekommen, ihren Abschluß und ihre Ausgestaltung gesetzlich geregelt. Die Parteien müssen, um sie abschließen zu können, besondere gesetzlich festgelegte Vorbedingungen erfüllen. [1])

cc) Das Verhältnis des Anstellungsvertrages zu Dienstvertrag und Werkvertrag.

Der Arbeitsvertrag im weitesten Sinne ist jeder Vertrag, in dem eine menschliche Arbeitsleistung versprochen wird. Er kann entgeltlich oder unentgeltlich sein, er kann eine Abhängigkeit des die Arbeit Leistenden zur Folge haben oder nicht. Dieser Arbeitsvertrag im weitesten Sinn hat mit dem Arbeitsrecht im einzelnen nichts zu tun. Denn Gegenstand des Arbeitsrechts ist die abhängige, wirtschaftlich unselbständige, also entgeltliche Arbeit. Da wir ein eigenes Arbeitsvertragsrecht noch nicht haben, sind für Abschluß und Ausgestaltung des Arbeitsvertrags die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die besonderen Normen, die in einzelnen Gesetzen für die verschiedenen Arten der Arbeit vorhanden sind, maßgebend.

[1]) Vergl. Schuldt a. a. O.

Das BGB. kennt für den Arbeitsvertrag zwei Formen: den Dienstvertrag und den Werkvertrag. Beide Verträge sind tatsächlich immer entgeltliche Arbeitsverträge. Selbst wenn ein Entgelt nicht ausgemacht ist, wird nach der Regel des § 612 BGB. immer ein entgeltlicher Arbeitsvertrag vorliegen. Als rechtliche Form für den unentgeltlichen Arbeitsvertrag im weitesten Sinn kommt eigentlich daher nur der Auftrag in Betracht.

Die Unterscheidung von Dienstvertrag und Werkvertrag ist eine wissenschaftlich immer noch umstrittene Frage. Sie hat für den Anstellungsvertrag, wie von Wissenschaft und Praxis einhellig angenommen wird, keine Bedeutung, da nur der Dienstvertrag ein Vertrag über abhängige Arbeit sein kann. Denn zum Begriff des Werkvertrages gehört es, daß dem Besteller, dem aus dem Vertrag in Bezug auf das Werk oder das Arbeitsprodukt Berechtigten, ein selbständiger Unternehmer gegenübersteht. Für die arbeitsrechtliche Betrachtung handelt es sich also um einen Vertrag, der den Bestimmungen über den Dienstvertrag nach dem BGB. und den besonderen Bestimmungen für die durch ihn geregelte Arbeit untersteht. Der arbeitsrechtliche Anstellungsvertrag ist daher ein Sonderfall des Dienstvertrages und als Dienstvertrag ein Unterfall des Arbeitsvertrages im weitesten Sinn. Entsprechend der Bezeichnung des arbeitsrechtlichen Arbeitsvertrages als Anstellungsvertrag wird das aus dem Anstellungsvertrag entspringende Rechtsverhältnis auch als Anstellungsverhältnis bezeichnet.

dd) Arten des Anstellungsvertrages.

Der Anstellungsvertrag kann nach der Art der versprochenen Arbeit eingeteilt werden. Diese Art der Einteilung ist besonders deswegen mit Recht sehr verbreitet, weil es der bestehenden gesetzlichen Regelung, die ihre Sonderregeln für den Anstellungsvertrag gesondert nach der Art der in Betracht kommenden Arbeit zusammenfaßt, entspricht. Man kann im wesentlichen die folgenden Gruppen unterscheiden:

1) Der gewerbliche Anstellungsvertrag. Hierbei kommen als Unterformen die Verträge der Gesellen und Gehilfen, der Lehrlinge, der gewerblichen Angestellten, der Arbeiter in Großbetrieben, der Hausarbeiter und der Volontäre oder Praktikanten in Betracht.

2) Der kaufmännische Anstellungsvertrag, der ähnliche Unterformen wie der gewerbliche Anstellungsvertrag kennt.

3) Der Anstellungsvertrag nach der Seemannsordnung und dem Binnenschiffahrtsgesetz.

4) Der bergrechtliche Anstellungsvertrag.

5) Der land- und forstwirtschaftliche Anstellungsvertrag.

6) Der Anstellungsvertrag des Hausgesindes.

7) Der Anstellungsvertrag für alle übrigen Fälle, in denen arbeitsrechtliche Arbeit zu leisten ist. Das ist der Anstellungsvertrag nach dem BGB.

Die unter Nummer 1—5 angeführten Arten des Anstellungsvertrages sind neben den Grundbestimmungen des BGB. besonderen gesetzlichen Bestimmungen unterworfen. Der unter 6) angeführte Anstellungsvertrag des Hausgesindes hat eine besondere gesetzliche, die Vorschriften des BGB. ergänzende Regelung noch nicht erfahren. Er nähert sich also dem unter 7) angeführten Anstellungsvertrag

nach BGB. Seine gesetzliche Regelung wird von vielen angestrebt, findet aber auch starke Widerstände. Wegen dieses Streites, der einer Entscheidung dringend bedarf, aber auch wegen der zahlreichen Fälle, in denen er Anwendung findet, rechtfertigt sich die besondere Eingruppierung.[1]) Der nur den Vorschriften des BGB. unterstehende Anstellungsvertrag hat besonders durch die neue Gesetzgebung, hier vor allem durch das AGG. mit seiner bedeutend erweiterten Zuständigkeit, eine besondere Bedeutung für das Arbeitsrecht bekommen. Da die Bestimmungen des BGB. zugleich grundsätzlich für alle Arten des Anstellungsvertrages in Betracht kommen, ist der rein nach dem BGB. behandelte Anstellungsvertrag als die Grundform, wie sie sich aus dem bestehenden Recht ergibt, anzusehen.

Da es sich bei dem grundsätzlichen Charakter dieser Arbeit im wesentlichen darum handelt, den Arbeitsvertrag (Anstellungsvertrag) in seinen Grundformen, wie sie als Grundlage für das Arbeitsrecht in Betracht kommen, darzustellen, wird auf die einzelnen im vorigen angeführten Arten nur dann eingegangen werden, wenn es zu der grundsätzlichen Behandlung nötig ist.

Vorbemerkung zu ee) und ff):

Wie beim Arbeitsvertrag im weitesten Sinn ist man auch beim Anstellungsvertrag bestrebt, Grundformen herauszuarbeiten, die eine systematische Einteilung der vorkommenden Verträge ermöglichen. Das BGB. unterscheidet beim Arbeitsvertrag im weitesten Sinn, wie schon angeführt, zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag. Für den Anstellungsvertrag, der ein Dienstvertrag ist, kommt diese Unterscheidung nicht in Betracht. Ebenso wenig kommt als Unterscheidungsmerkmal auch die Abhängigkeit persönlicher Art in Frage, da sie zum Wesen des Anstellungsvertrages überhaupt gehört. Eine Möglichkeit der Unterscheidung bietet das Moment der Entgeltlichkeit und zwar in der Frage der Bemessung des Entgelts. Diese Unterscheidung ist ihrem Wesen nach nicht ursprünglich rechtswissenschaftlicher Natur. Sie ist aber von so großer praktischer Bedeutung, daß sie in der gesamten Wissenschaft als bedeutungsvoll, wenn auch überwiegend nicht als grundlegend anerkannt wird. Die zwei Typen, die hiernach beim Anstellungsvertrag zu unterscheiden sind, sind der Zeitlohn- und der Akkordlohnvertrag. Eine zweite Einteilungsmöglichkeit bietet die Unterscheidung zwischen Einzel- und Gruppenvertrag.

ee) Einzelvertrag und Gruppenvertrag.

Es soll zunächst die Unterscheidung der Fälle des Anstellungsvertrages in Einzel- und Gruppenvertrag behandelt werden[2]). Der Einzelvertrag ist der Vertrag eines Arbeitgebers mit einem einzelnen Arbeitnehmer, durch den ein Einzelarbeitsverhältnis begründet wird. Der Einzelvertrag ist die weitaus häufigere Form des Anstellungsvertrages. Der Gruppenvertrag hat eher etwas von seiner früheren Bedeutung eingebüßt. Es ist der Vertrag, den ein Arbeitgeber mit einer Gruppe von Arbeitnehmern zum Zweck der Arbeitsleistung abschließt. Statt Gruppe werden auch die Bezeichnungen Kameradschaft oder Kolonne benützt.

[1]) Vergl. Potthoff a. a. O. S. 12 ff.
[2]) Vergl. Sinzheimer a. a. O. S. 123
Kaskel a. a. O. S. 73.

Bei dem Vorliegen eines Gruppenvertrags ist genau zu unterscheiden zwischen dem Außenverhältnis, das ist das Verhältnis zwischen der Gruppe und dem Arbeitgeber, und dem Innenverhältnis, d. i. das Verhältnis zwischen den einzelnen Mitgliedern der Gruppe und der Gruppe als solcher. Das Außenverhältnis, das durch den Anstellungsvertrag geregelt wird, ist ein reines Arbeitsvertragsverhältnis. Der Anstellungsvertrag als Gruppenvertrag unterscheidet sich aber besonders in einem Punkt wesentlich vom gewöhnlichen Anstellungsvertrag. Beim Anstellungsvertrag als Regelfall hat der Arbeitsverpflichtete oder Arbeitnehmer die Arbeit grundsätzlich persönlich zu leisten. Dieses Prinzip wird beim Gruppenvertrag durchbrochen.

Selbstverständlich sind Ausnahmen im Einverständnis mit dem Arbeitgeber auch beim regelmäßigen Anstellungsvertrag möglich. Beim Gruppenvertrag gehört es aber zum Wesen des Vertrags, daß die Arbeit nicht persönlich geleistet wird. Der Gruppenvertrag wird vom Arbeitgeber mit der Gruppe, d. h. dem nach dem Innenverhältnis maßgebenden Organ abgeschlossen. Die Arbeitsleistung wird dann auf die einzelnen Mitglieder der Gruppe verteilt. Diese stehen an sich in keinem wirklichen Rechtsverhältnis zum Arbeitgeber. Trotzdem aber stehen sie meist oder immer auf Grund der Arbeit, um die es sich handelt, und die eine Eingliederung der Mitglieder der Gruppe in den ganzen Betrieb erfordert, in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Arbeitgeber. Sie haben im Zweifel die auf die Arbeit bezugnehmenden Weisungen desselben zu befolgen, wie sie auch allgemeinen, organisatorischen Weisungen des Arbeitgebers unterworfen sind. Es besteht zwischen ihnen und dem Arbeitgeber ein tatsächliches Arbeitsverhältnis, ein Arbeitsleistungsverhältnis. Das vereinbarte Gehalt wird meist an die Gruppe zusammen ausbezahlt. Möglich ist aber die vertragliche Abrede der Einzelauszahlung. Geschuldet wird der Entgelt aber nur der Gruppe.

Das Innenverhältnis der Gruppe ist meist ein Gesellschaftsverhältnis. Es kann aber auch ein eigenes Arbeitsverhältnis sein. Ein Gesellschaftsverhältnis liegt dann vor, wenn die Mitglieder der Gruppe sich gleichberechtigt gegenüberstehen. Zur Vertretung nach außen hin wird in diesem Fall gewöhnlich ein Mitglied der Gruppe als Vertreter oder Geschäftsführer bestellt. Die Arbeitsleistung des einzelnen Mitgliedes stellt dann der Gruppe im Innenverhältnis gegenüber die Erfüllung der Beitragspflicht dar. Der Anspruch auf den anteilsmäßigen Teil am Entgelt, den die Gruppe von dem Arbeitgeber bekommt, ist rechtlich gesehen ein gesellschaftsrechtlicher Anspruch. Dieser Anspruch wird aber in seinen wichtigsten Beziehungen als ein arbeitsrechtlicher Lohnanspruch behandelt. Es geschieht dies, wie Sinzheimer sagt, aus wirtschaftlichen Gründen. Man müßte eigentlich sagen, aus rechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Aus rechtlichen Gesichtspunkten, weil das Arbeitsrecht als Sonderrecht für die Bedürfnisse der arbeitsrechtlichen Arbeit und die daran Beteiligten geschaffen ist und daher auch alle Fälle, wo diese Bedürfnisse vorliegen, ergreifen muß. Wirtschaftlich genommen ist der Anspruch des Einzelnen der Gruppe gegenüber deshalb ein arbeitsrechtlicher Anspruch, weil er gleich diesem das Aequivalent für geleistete arbeitsrechtliche Arbeit darstellt. Die Arbeitsgerichtsbarkeit ist daher für Streitigkeiten aus diesen Ansprüchen auch zuständig. Im AGG. § 2, in dem hauptsächlich die sachliche Zuständigkeit geregelt wird, werden ausdrücklich die Ansprüche aus gemeinsamer Arbeit zwischen den Arbeitnehmern angeführt. Auch auf einem weiteren, äußerst wichtigen Gebiet wird der an sich gesell-

schaftsrechtliche Anspruch wie ein arbeitsrechtlicher behandelt [1]): Das ist auf dem Gebiet der Lohnsicherung. Er wird in Bezug auf Lohnbeschlagnahme, Lohnverfügung, Vorzugsstellung beim Konkurs, Lohnzahlungsschutz usw. wie ein rein arbeitsrechtlicher Lohnanspruch behandelt.

Die Gruppe kann aber auch so organisiert sein, daß die einzelnen Mitglieder ihrem Führer gegenüber, der selbst dem Arbeitgeber gegenüber Arbeitnehmer im arbeitsrechtlichen Sinn ist, Arbeitnehmer sind, die aus einem regelrechten Arbeitsvertragsverhältnis verpflichtet sind. Zwischen ihnen und dem Führer der Gruppe sind Anstellungsverträge abgeschlossen worden. Der Führer wiederum hat mit dem Arbeitgeber auch einen Anstellungsvertrag abgeschlossen, der aber in Bezug auf die anderen Arbeitnehmer ein Arbeitsverschaffungsvertrag ist. Ein Dienstbeschaffungsvertrag (Arbeitsverschaffungsvertrag) ist dann wie ein Anstellungsvertrag zu behandeln, wenn er entweder in die tatsächliche Arbeitsleistung unmittelbar regelnd eingreift oder in anderen, z. B. wirtschaftlichen Beziehungen von ausschlaggebender Bedeutung für sie ist. [2]) Der einzelne Arbeitnehmer steht in diesem Falle also nur zu dem Führer in einem Rechtsverhältnis, einem reinen Arbeitsvertragsverhältnis. Zu den anderen Arbeitnehmern steht er in keinem Rechtsverhältnis. Streitigkeiten, die zwischen ihm und den anderen Arbeitnehmern auf Grund der gemeinsamen Arbeitsleistung entstehen, sind aber der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte unterworfen. Sein Lohnanspruch ist ein rein arbeitsrechtlicher Anspruch gegenüber dem Führer. Zum Arbeitgeber steht er ebenfalls in keinem Rechtsverhältnis, wohl aber liegt zwischen beiden ein Arbeitsleistungsverhältnis vor, wie auch schon oben bei der gesellschaftlich organisierten Gruppe dargelegt wurde.

Eine solche Gruppe, Kolonne oder Kameradschaft ist nicht zu verwechseln mit der Betriebsgruppe, d. i. eine vom Arbeitgeber innerhalb des Betriebes gebildete Gruppe, deren einzelne Mitglieder in keinem besonderen Rechtsverhältnis zueinander stehen. Nicht ganz klar ist die Unterscheidung Sinzheimers zwischen Gruppenvertrag und Gesamtvertrag in seinen Grundzügen des Arbeitsrechts. Der Gesamtvertrag ist m. E. entweder selbst ein Gruppenvertrag, wenn er nämlich von der Gesamtheit der in Betracht kommenden Arbeitnehmer als rechtlicher Einheit mit dem Arbeitgeber abgeschlossen wird, oder er ist nur eine Summe gleichlaufender, gleichzeitig abgeschlossener, auf eine gemeinsame Tätigkeit der einzelnen Personen gerichteter Einzelanstellungsverträge. Er ist Anstellungsvertrag, wenn die versprochene Tätigkeit Arbeit im arbeitsrechtlichen Sinne ist.

Nicht zu verwechseln ist auch mit den im Vorhergehenden besprochenen Verträgen der wohl nicht sehr häufig vorkommende sogenannte Mitarbeitervertrag. Es ist dies ein Anstellungsvertrag mit der besonderen vertraglichen Abrede, daß der Arbeitnehmer nur in einer bestimmten Gruppe zu arbeiten hat. Der so angestellte Arbeitnehmer unterscheidet sich von dem mit gewöhnlichem Anstellungsvertrag angestellten, in einer Betriebsgruppe arbeitenden Arbeitnehmer dadurch, daß er im Gegensatz zu letzterem die Arbeitsleistung außerhalb der Gruppe verweigern kann.

---

[1]) Vergleiche Sinzheimer a. a. O. S. 184 ff.

[2]) Vergleiche hierzu Hueck-Nipperdey, Bd. I S. 111, auch Anm. 1

ff) Zeitlohn- und Akkordlohnvertrag. [1])

Eine weitere Einteilung der Anstellungsverträge ist die Einteilung in Zeitlohn- und Akkordlohnverträge. Lotmar wies ganz besonders auf diese Unterscheidung und Einteilung hin. Er sah darin überhaupt die Grundformen des Arbeitsvertrags im weitesten Sinne und hielt diese Einteilung für so grundlegend, daß er auf ihr sein ganzes System aufbaute. Mit Recht wird aber darauf hingewiesen, daß diese Einteilung zwar sehr wichtig ist, daß sie aber als grundlegend nicht angesehen werden kann, da ihre Verschiedenheit, ihr Unterscheidungsmerkmal nur in der Art der Lohnberechnung besteht, die als solche nicht zum grundsätzlichen Inhalt eines Arbeitsvertrags oder Anstellungsvertrags gehört. Die Einteilung des Arbeitsvertrags im weitesten Sinn in Zeitlohn- und Akkordlohnvertrag darf vor allem nicht verwechselt werden mit der Einteilung, wie sie das BGB. verwendet, nämlich der Einteilung in Dienstvertrag und Werkvertrag. Der Werkvertrag ist wohl in Bezug auf die Lohnberechnung meist ein Akkordlohnvertrag. Aber es ist bei ihm durchaus denkbar, daß die Vergütung für das Werk auf Grund der Arbeitszeit berechnet wird, wenn letzteres auch verhältnismäßig selten sein dürfte. Der Dienstvertrag dagegen kommt in der Praxis sehr häufig auch als Akkordlohnvertrag vor, wenn auch seine Anwendung als Zeitlohnvertrag die überwiegende sein dürfte. Wir haben es hier mit dem Anstellungsvertrag als einer besonderen Form des Dienstvertrages zu tun. Er kommt sowohl als Zeitlohn wie als Akkordlohnvertrag vor. Der Zeitlohnvertrag ist ein Anstellungsvertrag, bei dem das Entgelt nach der für die Arbeit aufgewendeten Zeit bemessen wird, ohne Rücksicht auf das Arbeitsergebnis. Es wird damit natürlich nicht gesagt, daß es gleichgültig ist, wie der Arbeitnehmer arbeitet. Der Lohnanspruch ist trotz der Berechnung rein nach der Arbeitszeit nach den allgemeinen Grundsätzen abhängig davon, daß die Arbeitsleistung wirklich eine Vertragserfüllung ist. Bei dem Akkordlohnvertrag wird das Entgelt nach dem Ergebnis der Arbeit berechnet. Es ist hierbei besonders darauf zu achten, daß nicht das Arbeitsergebnis gleich dem Werk beim Werkvertrag vom Arbeitnehmer geschuldet wird, sondern die Arbeitsleistung, also Dienste. Der Arbeitnehmer verpflichtet sich nicht zur Herstellung eines Werkes. Der Lohnanspruch entsteht also schon mit der Arbeitsleistung. Der Arbeitnehmer haftet nicht für den Zufall in Bezug auf das Arbeitsergebnis. Er kommt nicht in Verzug mit der Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtung, wenn es trotz entsprechender Arbeit ohne sein Verschulden nicht zu einem Ergebnis kommt. Er hat unter Umständen einen fälligen Anspruch auf den Lohn, trotzdem ein vollständiges Ergebnis der Arbeit noch nicht vorhanden ist. Die Bemessung eines Akkordlohnes kann von der Fertigstellung eines einzelnen Stücks oder Werks, der Herbeiführung eines einmaligen Arbeitserfolges abhängig sein. Sie kann aber auch, was der weit häufigere Fall sein dürfte, von der fortlaufenden Herstellung einzelner Stücke abhängig sein. In der Praxis wird der letztere Fall häufig als Stücklohnvertrag bezeichnet. Die reine Form des Akkordlohnvertrages mit der Abrede, daß der Lohn nur bezahlt zu werden braucht, wenn ein brauchbares Arbeitsergebnis, also nicht sogenannter Ausschuß, erzielt worden ist, ist verhältnismäßig selten. Sie kommt besonders noch bei den Verträgen der Provisionsreisenden vor. Häufig findet sich eine Vermischung der beiden Formen

[1]) Vergl. hierzu besonders Lotmar, Sinzheimer, Kaskel, Hueck, Nikisch, in den angegebenen Werken.

der Entgeltsberechnung. Es kann ein Zeitlohn zusammen mit einer Vergütung nach dem Arbeitsergebnis (Prämie) verbunden sein. Oder aber, es kann bei einem Akkordlohnvertrag eine Mindesteinnahme garantiert sein. Die Frage, ob dann ein Zeitlohn- oder ein Akkordlohnvertrag vorliegt, ist darnach zu entscheiden, auf welchem Teile des Entgelts das Hauptgewicht liegt.

Das BGB. unterscheidet nicht zwischen den beiden Formen der Entgeltsbemessung. Es ist in ihm eigentlich nur der Zeitlohnvertrag geregelt, auf den alle Vorschriften über den Dienstvertrag ohne weiteres Anwendung finden können. Für den Akkordlohnvertrag sind besondere Vorschriften nicht vorhanden, wenn auch an die Möglichkeit seiner Anwendung, wie § 623 BGB. zeigt, gedacht ist. Es haben die Vorschriften über den Dienstvertrag beim Akkordlohnvertrag analog zur Anwendung zu kommen. Deswegen ist aber der Akkordlohnvertrag nicht, wie es z. B. Siegel [1]) auffaßt, ein Vertrag eigener Art, der scheinbar zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag einzuordnen ist. Es ist m. E. nicht richtig zu sagen, daß die Bezeichnung des Unterschiedes zwischen Zeitlohn- und Akkordlohnvertrag als eines bloßen Unterschiedes in der Entgeltsbemessung ein Notbehelf sei, der das Wesen der Sache nicht treffe. Zeitlohnvertrag und Akkordlohnvertrag können nie als eigene Vertragstypen betrachtet werden, denn diese beiden Vertragsformen — die Bezeichnung als Vertragsformen ist eigentlich irreführend, sie sind eigentlich reine Gestaltungsmöglichkeiten — sind nur denkbar, wenn ein anderer Vertrag, Dienstvertrag oder Werkvertrag schon vorhanden ist. Sie bilden gewissermaßen einen Ergänzungsvertrag in Bezug auf die Berechnung des Entgelts für einen Vertrag, in dem die Verpflichtung zur Leistung des Entgelts als Gegenleistung für eine Arbeit schon festgelegt ist.

Die beiden Unterscheidungen, Einzelvertrag gegenüber Gruppenvertrag einerseits und Zeitlohnvertrag gegenüber Akkordlohnvertrag andererseits, sind aufzufassen als Gestaltungsmöglichkeiten eines Grundvertrages, dessen wesentlicher Inhalt ist: Arbeitsleistung gegen Entgeltsleistung. In unserem Falle: Leistung arbeitsrechtlicher Arbeit gegen Entgelt. Die Arbeitsleistung kann Einzel- oder Gruppenarbeit zum Gegenstand haben. Das Entgelt kann nach der Arbeitszeit oder nach dem Arbeitsergebnis berechnet werden. Dieselben Möglichkeiten sind natürlich auch beim Werkvertrag gegeben, nur daß bei ihm der wesentliche Inhalt heißt: Lieferung eines Werks gegen Entgelt. Es ergeben sich also beim Anstellungsvertrag wie beim Arbeitsvertrag im weitesten Sinne hauptsächlich folgende 4 Möglichkeiten: Einzelvertrag mit Zeitlohnberechnung, Einzelvertrag mit Akkordlohnberechnung, Gruppenvertrag mit Zeitlohnberechnung und Gruppenvertrag mit Akkordlohnberechnung. Außerdem sind, wie oben dargelegt, noch Kombinationen der beiden Lohnberechnungsformen möglich. Die Verwendung der einzelnen Kombinationen in der Praxis ist rechtlich bei jeder Art der Arbeitsleistung ohne Rücksicht auf die Art des Betriebes möglich. Tatsächlich kommen aber aus Gründen der Zweckmäßigkeit wie auch manchmal der Tradition bei einzelnen Arten der Arbeit nicht alle Möglichkeiten, die oben dargelegt worden sind, vor, sondern es herrscht eine davon überwiegend vor.

gg) Die Vertragsfreiheit beim Anstellungsvertrag.

Der Anstellungsvertrag ist als Unterform des Dienstvertrages ein grundsätzlich „Freier Vertrag", für seinen Abschluß und seine Ausgestaltung gilt

[1]) Vergl. Sigel a. a. O. S. 9

grundsätzlich das Prinzip der Vertragsfreiheit.[1]) Dieses Prinzip wird und muß aber, um den Zweck des Arbeitsrechts, der Regelung der arbeitsrechtlichen Arbeit den besonderen Bedürfnissen entsprechend, gerecht werden zu können, Einschränkungen erfahren. Tatsächlich gehen bei der überwiegenden Anzahl der Anstellungsverträge nach bestehendem Recht die Einschränkungen so weit, daß oft kaum noch von Vertragsfreiheit gesprochen werden kann. Die Einschränkungen können sich sowohl auf den Abschluß des Anstellungsvertrags wie auf die Gestaltung seines Inhalts, wie endlich auf die Form des Abschlusses beziehen. Die Einschränkungen in Bezug auf die Abschlußfreiheit sind gegenüber denen in Bezug auf die Gestaltungsfreiheit verhältnismäßig selten. Die Einschränkungen beruhen teils auf Gesetzesrecht, teils auf autonomen, besonders in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen enthaltenen Normen. Tatsächlich ist es bei allen Anstellungsverträgen, bei denen ein Arbeitnehmer beteiligt ist, für dessen Art eine Organisation oder sonstige wirtschaftliche Vereinigung besteht, so, daß der überwiegende Teil des Anstellungsvertrages durch die gesetzlichen und autonomen Bestimmungen bereits von vorne herein festgelegt ist, sodaß eine Vertragsfreiheit in Bezug auf die Ausgestaltung des Inhalts eigentlich nur mehr dem Namen nach besteht.

Im Einzelnen sind bei den Einschränkungen in Bezug auf die Abschlußfreiheit zu unterscheiden die Abschlußgebote und die Abschlußverbote. Abschlußgebote bestehen auf Grund Gesetzes nur für Kriegsteilnehmer, Schwerbeschädigte und Notstandsarbeiter. Die sich aus der Verpflichtung zur Wiedereinstellung oder Noteinstellung von Kriegsteilnehmern[2]) ergebenden Abschlußgebote haben heute keine praktische Bedeutung mehr. Von Bedeutung ist heute noch die Pflicht zur Einstellung von Schwerbeschädigten, die vor allem von der Größe des Betriebes abhängig ist.[3]) Interessant ist hier die Ausgestaltung des Abschlußgebotes. Es besteht eine öffentlich-rechtliche Pflicht des Arbeitgebers zum Abschluss eines Anstellungsvertrages mit einem Schwerbeschädigten. Der Schwerbeschädigte selbst hat keinen unmittelbaren Anspruch darauf gegenüber dem Arbeitgeber. Wohl aber ist er in gewissem Umfang verpflichtet zur Übernahme der Arbeit. Erfüllt der Arbeitgeber seine Pflicht nicht, so wird durch öffentlich rechtlichen Verwaltungsakt ein Anstellungsvertrag zwangsweise abgeschlossen, der also auf Grund öffentlichen Rechts zustande gekommen ist. In seinen Auswirkungen steht dieser Vertrag aber dem gewöhnlichen Anstellungsvertrag vollkommen gleich.

Bei dem Abschlußgebot in Bezug auf Notstandsarbeiter steht der Pflicht des Arbeitgebers zur Einstellung des Notstandsarbeiters die Pflicht des letzteren zur Eingehung des Vertrages und Annahme der Arbeit gegenüber.[4]) Es handelt sich also um ein beiderseitiges Abschlußgebot. Auf Seiten des Arbeitgebers beruht diese Verpflichtung auf öffentlich rechtlichem Vertrag (Antrag auf Förderung einer Notstandsarbeit und deren Bewilligung unter Mitteilung der Bedingungen), auf Seiten des Notstandsarbeiters handelt es sich um eine gesetzliche Pflicht. Die

---

[1]) Vergl. Oertmann a. a. O. S. 106

[2]) Vergl. Verordnung v. 12. II. 1920, mehrfach geändert.

[3]) Vergl. Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter in der Fassung vom 12. I. 1923, weiterhin abgeändert 8. 7. 1926.

[4]) Vergl. die Bestimmungen über öffentliche Notstandsarbeiten vom 30. IV. 1925. Besonders auch den Erlaß d. Reichsarbeitsministers vom 9. II. 1927 über die Rechtsverhältnisse der Notstandsarbeiter. Reichsarbeitsblatt 1927 No. 6.

Einhaltung beider Verpflichtungen ist durch Zwangsmaßnahmen gesichert. Der Anstellungsvertrag eines Notstandsarbeiters ist deswegen eine besondere Art des Anstellungsvertrages, weil er vom Gesetz als eine Form der Erwerbslosenfürsorge angesehen wird (§ 9 a. a. O.). Das geht schon daraus hervor, daß der Notstandsarbeiter von der Notstandsarbeit entbunden werden muß, wenn ihm freie Arbeit nachgewiesen werden kann. Fälle von Abschlußgeboten auf Grund autonomer Satzung sind ziemlich selten. Praktische Bedeutung haben eigentlich nur die Wiedereinstellungsklauseln in Tarifverträgen.

Den Abschlußgeboten stehen als Einschränkungen der Abschlußfreiheit die Abschlußverbote gegenüber. Diese bestehen fast ausnahmslos auf gesetzlicher Regelung. Liegt den Abschlußgeboten hauptsächlich der Gedanke zugrunde, Personen, die aus irgend welchen Gründen keine Arbeit haben oder nur besonders schwer bekommen können, unterzubringen, so gehen die Abschlußverbote hauptsächlich von dem Gedanken aus, gewisse Personen vor den Gefahren besonders gesundheitlicher Art zu schützen, die bestimmte Arten der Arbeit mit sich bringen. Die Beschränkungen der Anstellungsverträge von Ausländern ist aus volkswirtschaftlichen Gründen, insbesondere in Bezug auf die Milderung der Arbeitslosigkeit von Inländern geschaffen. Besondere Abschlußverbote bestehen zusammengefaßt für Frauen, Kinder und Jugendliche, Ausländer. Die maßgebenden Bestimmungen sind besonders in der Reichsgewerbeordnung enthalten. Außerdem gibt es noch eine zahlreiche Menge besonderer Gesetze und Verordnungen.[1])

Besonders muß noch ein Fall erwähnt werden, bei dem es sich sowohl um Abschlußverbote, wie Abschlußgebote handeln kann. Das ist die nach § 78 Ziff. 8 BRG mögliche Vereinbarung von Richtlinien für die Einstellung von Arbeitnehmern und zwar auf dem Wege der Betriebsvereinbarungen. Im übrigen ist der Vereinbarung von Abschlußgeboten und Abschlußverboten auf dem Wege der autonomen Satzung eine Schranke gesetzt durch Art. 159 RV, der alle Abreden irgendwelcher Art für rechtswidrig erklärt, die die Vereinigungsfreiheit einzuschränken oder zu behindern versuchen und geeignet sind. Würde z. B. in einem Tarifvertrag eine Wiedereinstellungsklausel mit der Einschränkung vorhanden sein, daß z. B. nur Arbeitnehmer, die Mitglieder einer freien Gewerkschaft sind, wiederaufzunehmen sind, so wäre zum mindesten diese Einschränkung auf Grund des Art. 159 RV nichtig. Denn sie würde unter Umständen Mitglieder anderer Arbeitnehmerorganisationen infolge der drohenden Erwerbslosigkeit dazu zwingen, in eine freie Gewerkschaft einzutreten. Nach der angeführten Bestimmung der Reichsverfassung ist aber die Behinderung oder Beeinträchtigung eines Zusammenschlusses ebenso wie der Zwang irgendeiner Vereinigung beizutreten, verboten (nicht unbestritten).

Eine weitere und zwar die weitaus häufigste Einschränkung der Vertragsfreiheit im Allgemeinen ist die Einschränkung der Gestaltungsfreiheit. Auf die kollektive und normative Regelung des Vertragsinhalts bezieht sich ein überaus großer Teil des heutigen Arbeitsrechts. Allen Einschränkungen der Gestaltungsfreiheit liegt mindestens einer der beiden folgenden Grundgedanken zugrunde: Einmal Sicherstellung der Arbeitnehmer in gesundheitlicher, sittlicher und auch

[1]) Vergl. besonders Gesetz betr. die Kinderarbeit, Reichsgesetz über weibl. Angestellte in Gast- und Schankwirtschaften, Verordnung über Einstellung und Beschäftigung landw. Arbeiter.

politischer Beziehung. Dann Sicherstellung der Arbeitnehmer in wirtschaftlicher Beziehung und zwar nicht nur für die Zeit der Dauer des Arbeitsverhältnisses. Um diese Ziele erreichen zu können, ist im wesentlichen das Arbeitsverfassungsrecht geschaffen worden. Der gesundheitlichen und sittlichen Sicherstellung dient besonders das Arbeiterschutzrecht. Der Sicherstellung in wirtschaftlicher Hinsicht ist ganz besonders das Versicherungsrecht gewidmet. Auch hierbei sind wieder Verbote und Gebote oder besser positive und negative Vorschriften zu unterscheiden. Die Quellen sind auch hier wieder gesetzliche Normen jeder Art und autonome Satzung. Bei der Unzahl der in Betracht kommenden Einzelbestimmungen und Fälle ist es im Rahmen der vorliegenden Arbeit unmöglich, näher auf Einzelheiten einzugehen. An gesetzlichen Bestimmungen sollen aber Art. 159 RV. und § 138 BGB genannt werden, die beide von grundlegender Bedeutung sind. Welch ungeheure Bedeutung die autonome Satzung und hierbei besonders der Tarifvertrag hat, geht schon daraus hervor, daß die unabdingbaren Vorschriften eine stärkere Wirkung haben als sogar zwingende Gesetzesvorschriften. Sie machen eine ihnen entgegenstehende Einzelabrede nicht nur nichtig, sondern ihre Bestimmungen treten, ohne daß es irgend eines weiteren Rechtsaktes bedarf, an die Stelle der nichtigen Vereinbarung. Wie schon oben gesagt, gehen die Einschränkungen der Vertragsfreiheit so weit, daß man fast nicht mehr von frei vereinbarten Anstellungsverträgen in der Mehrzahl der Fälle sprechen kann. Vertragsfreiheit besteht eigentlich nur noch in den Fällen des Anstellungsvertrages, die eine Einzelbeschäftigung zum Gegenstand haben.

Zur Vertragsfreiheit muß neben Abschluß- und Gestaltungsfreiheit endlich auch noch die Freiheit der Form des Abschlusses gerechnet werden.[1]) Die Formfreiheit ist gesetzesrechtlich den wenigsten Einschränkungen unterworfen. Das Gesetz kennt allerdings einige Ausnahmefälle. So muß z. B. ein Lehrvertrag nach § 126b RGewO. binnen 4 Wochen schriftlich abgeschlossen werden. Das HGB. macht nach § 79 Ansprüche aus dem Lehrvertrag erst dann einklagbar, wenn der Lehrvertrag schriftlich abgeschlossen worden ist. (Der Lehrvertrag, der genau genommen kein Anstellungsvertrag ist, soll in einem weiteren Abschnitt im einzelnen behandelt werden). Eine weitere Ausnahme ist vorgesehen in der Vorläufigen Landarbeitsordnung. Außerdem können noch Formvorschriften in Gesamtvereinbarungen (Tarifvertrag ebenso wie Betriebsvereinbarung) wie im Einzelvertrag selbst ausgemacht werden. Diese Einschränkungen der Formfreiheit durch Gesamtvereinbarung, die sich hauptsächlich in der Form der Vereinbarung der Schriftlichkeit äußern, kommen in immer größer werdendem Umfange vor. Nicht als Formvorschriften sind die Regeln über die einzelnen Arbeitspapiere anzusehen, die für einzelne Gruppen von Arbeitnehmern vorgeschrieben sind. Denn die Gültigkeit des Anstellungsvertrages ist in keiner Weise von der Beobachtung dieser Vorschriften abhängig. Doch stehen die Arbeitspapiere insofern mit dem Abschluß des Anstellungsvertrages und seiner Form in Zusammenhang, als die meisten von ihnen bei Vertragsabschluß mit zu übergeben sind. So z. B. ein Abdruck der obligatorischen Arbeitsordnung, bei minderjährigen Personen das Arbeitsbuch, bei Kindern entsprechend die Arbeitskarte. Ferner sind für manche Betriebe sogenannte Lohnbücher vorgeschrieben und für alle Gewerbebetriebe mit mindestens 20 Arbeitnehmern ist bei Lohnauszahlung die Übergabe eines schriftlichen Beleges vorgeschrieben. (Lohntüte oder Lohnzettel).

[1]) Vergl. Hueck, Lehrbuch des Arbeitsrechts, S. 37.

Zusammenfassend läßt sich also sagen, daß für den größten Teil der Anstellungsverträge die Gestaltungsfreiheit praktisch aufgehoben ist, daß die Abschlußfreiheit nicht wesentlich eingeschränkt ist und daß die Freiheit in Bezug auf die Form des Abschlusses gesetzesrechtlich praktisch unberührt geblieben ist, auf Grund satzungsmäßigen Rechts aber häufig beschränkt wird.

hh) Das Wesen der Abhängigkeit.

Der Anstellungsvertrag unterscheidet sich vom gewöhnlichen Dienstvertrag dadurch, daß er ein Vertrag über abhängige Arbeit ist. Die Natur dieser Abhängigkeit ist in der Wissenschaft äußerst viel untersucht und behandelt worden. Man hat sie aus der rechtlichen Natur des Anstellungsvertrages erklären wollen, indem man sie scheinbar in Erinnerung an die commendatio vor allem der merowingischen Zeit in dem Sinn aufgefaßt haben wollte, daß sich der Arbeitnehmer mit Abschluß des Anstellungsvertrages und Eintritt in die Arbeit in die Gewalt des Arbeitgebers begibt und damit ein rechtliches Gewaltverhältnis begründet wird. Man hat diese Abhängigkeit aus der wirtschaftlich schlechten Lage der Arbeitnehmer abzuleiten versucht und hat sie endlich als eine Auswirkung der Organisation, in die der Arbeitnehmer eingegliedert wird, zu erklären versucht. Diese Zersplitterung der Anschauungen scheint indessen allmählich überwunden zu werden, wenn diese Tatsache auch aus den verschiedenen Darstellungen der Abhängigkeit noch nicht eindeutig hervorgeht. Die m. E. schon jetzt in der überwiegenden Anzahl der in Betracht kommenden wissenschaftlichen Arbeiten sich bemerkbar machende Ansicht erklärt die Abhängigkeit in zutreffender Weise als ein Merkmal, eine Eigenschaft der arbeitsrechtlichen Arbeit überhaupt. Die Gedankengänge, die den einzelnen Ansichten und Lehrmeinungen zugrunde liegen, sollen im Folgenden kurz skizziert werden.

Man hat die Abhängigkeit bei der arbeitsrechtlichen Arbeit als zum rechtlichen Wesen des Anstellungsvertrages gehörend erklärt, indem man sagte, daß der Arbeitnehmer durch den Anstellungsvertrag und dessen Vollzug in ein rechtliches Gewaltverhältnis zum Arbeitgeber tritt.[1]) So sagt z. B. Sinzheimer: „Abhängige Arbeit ist Arbeit, die ein Mensch in einem rechtlichen Gewaltverhältnis leistet." Er sagt weiter: „Der gewaltrechtliche Inhalt ist an ein Gewaltverhältnis, d. h. daran gebunden, daß eine Hingabe des Arbeitnehmers in die Gewalt des Arbeitgebers stattgefunden hat." Im übrigen unterscheidet Sinzheimer nicht ganz klar zwischen einem Gewaltrechtsverhältnis, das aus einem Rechtsgrund heraus entstanden ist, und einem, das nur „tatsächlich" entstanden ist, das aber nach seinen Worten in jedem Fall ein Rechtsverhältnis ist. Sein Grundgedanke ist offensichtlich der am Anfang dieses Absatzes wiedergegebene Satz. In dieser Anschauungsweise ist ganz deutlich die Erinnerung an den Treudienstvertrag und an die commendatio zu erkennen. Sie faßt den sogenannten gewaltrechtlichen Inhalt des Arbeitsvertragsverhältnisses als eine ausdrücklich abgeschlossene und durch das sich tatsächlich in die Gewaltbegeben erfüllte rechtliche Vereinbarung auf. Es ist besonders bei der Darstellung Sinzheimers offensichtlich, daß ihm bei seiner Auffassung der Fall des durch nichtigen An-

[1]) Siehe Sinzheimer a. a. O. S. 11 ff. 118, ff. 145.

stellungsvertrag begründeten Arbeitsverhältnisses Schwierigkeiten bereitet, bei dem auch ein Gewaltrechtsverhältnis seiner Ansicht gemäß besteht, das er durch das auf Grund tatsächlichen Vorganges entstandene rechtliche Gewaltverhältnis zu lösen versucht. Betrachtet man das Gewaltverhältnis, in dem sich die Abhängigkeit äußert, so als ein Rechtsverhältnis, das ausdrücklich durch Vertrag und Hingabe in die Gewalt oder durch tatsächliche Hingabe allein als konkludente Handlung begründet wird, so wäre es durchaus denkbar, daß z. B. ein Arbeitgeber und ein Arbeitnehmer ausdrücklich das Zustandekommen eines Gewaltverhältnisses ausschließen, obwohl es sich um eine an sich arbeitsrechtliche Arbeit handelt. Vergegenwärtigt man sich einen solchen Vertrag, so sieht man ohne Weiteres ein, daß das Gewaltverhältnis als Rechtsverhältnis nicht aufgefaßt werden kann. Das geht schon daraus hervor, daß eine ihrer Natur nach abhängige Arbeit eben nicht ohne Abhängigkeit des Leistenden geleistet werden kann. Man darf eben die Abhängigkeit der Arbeit und des die Arbeit Leistenden nicht mit den meist vertraglich und gesetzlich geregelten Folgen, in denen sich die Abhängigkeit äußern kann, verwechseln.

Die Abhängigkeit wird auch aus der wirtschaftlichen Lage des Arbeitnehmers erklärt.[1]) So versucht z. B. Molitor die Gründe der Abhängigkeit durch eine Zusammenfassung der wirtschaftlichen Lage des Arbeitnehmers und seiner Unterordnung unter den Arbeitgeber zu erklären. Er unterscheidet bei der Unterordnung die sich gegenüberstehende Leitungsbefugnis des Arbeitgebers und die Gehorsamspflicht des Arbeitnehmers. Auch seine Ausführungen geben den Anschein, als ob seine Lösung für ihn bewußt oder unbewußt doch nicht befriedigend war. Er unterscheidet nämlich an sich wirtschaftliche Lage und Unterordnung genau und erklärt das Zustandekommen der Unterordnung sogar ähnlich wie Sinzheimer. Er bezeichnet so die Gehorsamspflicht, die das Merkmal des Abhängigkeitsverhältnisses beim Arbeitnehmer sei, als „eine auf dem Vertrag beruhende Schuld des Arbeitnehmers", läßt aber diese Schuld auch aus tatsächlicher Handlung als rechtliche Verpflichtung entstehen. Das Wesen der Abhängigkeit aber, im vorigen handelte es sich nach Molitor nur um das rechtliche Zustandekommen, erklärt er auf Grund der wirtschaftlichen Lage des Arbeitnehmers, indem er sagt: „Eine solche Unterordnung wird vielmehr regelmäßig nur aus wirtschaftlichem Zwange übernommen, sodaß also die Unterordnung praktisch nur als Folge einer wirtschaftlich ungünstigen Lage erscheint." Zwar gibt er zu, daß die Unterordnung auch ohne wirtschaftlich ungünstige Lage vorkommen kann, ohne sich aber über das Wesen dieser Unterordnung, die mit ihrer rechtlichen Entstehung allein nicht erklärt werden kann, klar zu werden. Er lehnt sogar in einer Anmerkung die im folgenden Absatze behandelte Erklärung der Unterordnung, wie sie vor allem Potthoff vertritt, ausdrücklich ab. Die Unhaltbarkeit dieser Auffassung geht schon daraus hervor, daß Molitor das Wesen der die Abhängigkeit begründenden Unterordnung nicht zu erklären vermag, wenn keine wirtschaftlich ungünstige Lage vorliegt, sondern nur auf ihre rechtliche oder tatsächliche Entstehung eingeht. M. E. ist der Grund dieser hier dargelegten Auffassung, daß arbeitsrechtliche Arbeit, nicht die Abhängigkeit allein, oft auf Grund wirtschaftlich ungünstiger Lage übernommen wird.

Die Lehre, die die Abhängigkeit aus der Organisation, in die der Arbeitnehmer eingegliedert wird, erklären will, kommt m. E. dem wahren Wesen der

[1]) Vergl. Molitor, das Wesen des Arbeitsvertrages, S. 73 ff.

Abhängigkeit unter den bisher behandelten Lehrmeinungen am nächsten. Aber sie geht, wie sich aus den Ausführungen des nächsten Absatzes ergeben wird, doch nicht auf die letzte Ursache und damit auf das eigentliche Wesen zurück, weil es eine einheitliche Ursache überhaupt nicht gibt. Der Arbeitnehmer wird nach der hier angeführten Lehrmeinung durch seine Eingliederung in eine Organisation abhängig. Unter dieser Organisation ist nicht nur der bis ins letzte durchdachte moderne Großbetrieb zu verstehen, sondern z. B. auch der Haushalt in Bezug auf das Hausgesinde, der Wirtschaftsbetrieb für eine dort spielende Musikkapelle, der Betrieb eines sogenannten Verlegers für den Hausgewerbetreibenden. Diese Ansicht vertritt ganz besonders auch Potthoff.[1]) Wie schon oben erwähnt, faßt er das Arbeitsverhältnis als Organisationsverhältsnis unter anderem auf. Für ihn ist die Organisation das unbedingt Wesentliche für die Begriffe der Arbeit, des Arbeitnehmers und des Arbeitsverhältnisses im arbeitsrechtlichen Sinne. Er übersieht m. E., daß die Organisation nur eine Folge der Abhängigkeit als Eigenschaft der arbeitsrechtlichen Arbeit ist.

Die Abhängigkeit ist eine Eigenschaft, ist vor der Entgeltlichkeit das Merkmal der arbeitsrechtlichen Arbeit. Man kann sagen, daß in fast allen wissenschaftlichen Werken, die sich mit der Abhängigkeit in diesem Sinne befaßten, Ansätze vorhanden sind, die Abhängigkeit als einfach mit der Arbeit im arbeitsrechtlichen Sinn verknüpfte Tatsache hinzustellen. Doch setzt sich diese Auffassung eigentlich in keinem Werk bis zur letzten Konsequenz durch. Das liegt daran, daß es anscheinend sehr schwer ist, sich sagen zu müssen: „Ich kann nicht", d. h. zuzugeben, daß man eine Tatsache als solche im Interesse der in Betracht kommenden Aufgabe hinnehmen muß, ohne sie als eine Folge systematisch festzulegender und einzuordnender Ursachen zu erklären. Diese Selbstbeschränkung ist nötig. Sie muß geübt werden im Interesse der Aufgabe, d. i. die möglichst gute und richtige Regelung der Verhältnisse und Bedürfnisse der arbeitsrechtlichen Arbeit und der mit dieser Arbeit in Zusammenhang stehenden Personen. Warum muß man sich nun diese Selbstbeschränkung auferlegen? Weil die Ursachen und Gründe für die Abhängigkeit so vielgestaltig sind, wie es die Fälle der Arbeit, die bei ihrer Leistung das Merkmal der Abhängigkeit trägt, selbst sind. Man muß also folgenden Grundsatz in der Frage der Abhängigkeit anerkennen: **Abhängigkeit im Sinn des Arbeitsrechts liegt dann vor, wenn die im einzelnen Fall in Betracht kommende Arbeit, geistige oder körperliche Arbeit, nach der allgemeinen Auffassung des Verkehrs nur in einem Zustand der Abhängigkeit geleistet werden kann. Das ist in einem Zustand, der eine wesentliche Einschränkung der Freiheit des Leistenden in persönlicher und wirtschaftlicher Beziehung bedeutet.** Ich halte im übrigen eine solche Auffassung, die eine bewußte Selbstbeschränkung erkennen läßt und ihre Notwendigkeit eingesteht und anerkennt, für richtiger und vor allem auch der Rechtslehre würdiger als das Bestehen darauf, einen Begriff wie die Abhängigkeit nach seinen Gründen festlegen zu wollen. Denn das muß nach der ungeheuren Vielgestaltigkeit dieser Gründe in eine zu keinem Ende führenden Kasuistik ausarten, die nicht Aufgabe der Rechtslehre ist, und die außerdem nie wirklich vollständig sein kann. Eine solche bewußte Selbstbeschränkung ist nichts Neues. Ich verweise nur beispielsweise

[1]) Vergl. Potthoff a. a. O. S. 18 ff.

auf die §§ 157, 242, 276, Abs. 1 Satz 2 BGB.[1]) Diese Auffassung der Abhängigkeit als wesentliches Merkmal der arbeitsrechtlichen Arbeit hindert nicht daran, besonders häufige oder krasse Formen, in denen sie sich auswirkt, gesondert zu erfassen und zu regeln. Diese Auffassung hat meiner Ansicht nach den weiteren unschätzbaren Vorteil, das Arbeitsrecht als Sonderrecht den tatsächlichen Bedürfnissen lückenlos anpassen zu können. Es ist selbstverständlich, daß es bestimmte Tatsachen und rechtliche Merkmale gibt, aus denen heraus immer auf eine Abhängigkeit zu schließen ist. So ist z. B. das Unterwerfen des persönlichen Seins unter eine fremde Ordnung, das Sinzheimer wie angeführt als entscheidend hinstellt, immer ein Zeichen der Abhängigkeit. Aber es ermöglicht z. B. nicht die Verhältnisse der sogenannten arbeitnehmerähnlichen Personen als Arbeitsverhältnisse zu erklären. Denn es würde bei ihnen nach diesem Satz keine Abhängigkeit vorliegen. Tatsächlich ist aber eine solche vorhanden. Daß aber die bei dem jetzt sogenannten arbeitnehmerähnlichen Personen vorliegende Abhängigkeit unbedingt als solche vom Arbeitsrecht erfaßt werden muß, und daß nicht das Arbeitsverhältnis dieser Personen gewissermaßen als eigentlich nicht dazugehörend erwähnt wird, ist m. E. ein unbedingtes Erfordernis, denn nur so erhält das Arbeitsrecht ein einheitliches Gefüge in Bezug auf die ihm unterworfenen Personen und Verhältnisse.

ii) Der rechtliche Charakter des Anstellungsvertrages.

Vielfach erörtert wird in der Wissenschaft der rechtliche Charakter des Anstellungsvertrages. Untrennbar damit verbunden muß natürlich eine Erörterung des rechtlichen Charakters des Arbeitsrechts als solchem sein. Diese Konsequenz wird aber bedauerlicherweise nicht gezogen. Das Arbeitsrecht wird fast allgemein als ein einheitliches Rechtsgebiet aufgefaßt, dessen verschiedenartige Teile durch ihren gemeinsamen Zweck verbunden sind.[2]) Es wird dem Grundsatz nach nicht gefragt, ob z. B. privates oder öffentliches Recht überwiegt, um nach dem überwiegenden Teile den vorherrschenden Charakter zu bestimmen. Denn das Arbeitsrecht ist ein Rechtsgebiet, ein Sonderrecht, das Normen verschieden rechtlichen Charakters in sich vereinen muß, um seinem Zweck gerecht werden zu können. Ganz anders wird aber beim Anstellungsvertrag verfahren. Sein Charakter ist außerordentlich bestritten. Die wohl überwiegende Lehrmeinung sieht in ihm einen grundsätzlich privatrechtlichen und zwar schuldrechtlichen Vertrag, aber mit starkem oder sogar überwiegenden öffentlich rechtlichen Einschlag, wobei sich der öffentlich rechtliche Einfluß entweder direkt durch gesetzliche Vorschriften oder über die Normen einer autonomen Satzung bemerkbar macht. Die Feststellung, ob wirklich öffentliches Recht im Einzelfall vorliegt, kann nur auf Grund genauer Untersuchung erfolgen. Das wird vielleicht nicht immer be-

[1]) Vergl. Sinzheimer a. a. O. S. 122: „Eine allgemeine Formel dafür, woran zu erkennen ist, ob ein Einheitsverhältnis vorliegt läßt sich nicht aufstellen". Und weiterhin: „Entscheidend dafür, ob ein Anstellungsvertrag vorliegt, ist die Frage, ob der zur Arbeit Verpflichtete einer fremden Ordnung seines persönlichen Seins für die Erbringung der Arbeit unterworfen sein soll oder nicht". Dies letztere ist nach S. das Wesen des Einheitsverhältnisses. Es läßt sich also auch für die Frage des Vorliegens eines Anstellungsvertrages nach ihm keine allgemeine Formel aufstellen.

[2]) So zu verstehen, Sinzheimer a. a. O. S. 3, Jacobi a. a. O. im Vorwort, Hueck a. a. O. im Vorwort.

achtet. Besonders schroff, aber wegen seiner Klarheit bestechend, spricht dies Jakobi aus: Er sagt: „Die heute viel verbreitete Neigung, in der Rechtsordnung vorschnell öffentlich rechtliche Elemente festzustellen, ist nur eine Ausstrahlung der allgemeinen Tendenz, freie Initiative und eigene Verantwortung durch öffentliche Verwaltung und öffentliche Fürsorge zu ersetzen. Bestrebungen, die für die Wirtschaft bei aller „wirtschaftlichen Selbstverwaltung" schließlich zu einer tödlichen Bürokratisierung führen müssen." Kann man also über den Umfang des öffentlichen Rechts im Arbeitsrecht geteilter Meinung sein, so kann man doch sein Vorhandensein nicht leugnen. Warum sagt man nun nicht entsprechend der Auffassung des Arbeitsrechts als Rechtsgebiet: der Anstellungsvertrag ist ein Vertrag, der durch Rechtsprinzipien und Rechtssätze verschiedenen Charakters geregelt und bestimmt wird, die in einem Sonderrecht um des Zwecks dieser Sonderregelung willen zusammengefaßt sind. Die Verschiedenheit seiner Bestandteile gehört zum Wesen dieses Vertrages, diese Verschiedenheit bestimmt seinen rechtlichen Charakter. Es ist nicht möglich, den Anstellungsvertrag nach einem seiner Bestandteile rechtlich zu charakterisieren. Es wäre naheliegend und durchaus folgerichtig, wenn man sich nach der Erklärung des Arbeitsrechts als einheitliches, durch seinen Zweck verbundenes Rechtsgebiet auch zu der entsprechenden Auffassung beim Anstellungsvertrag, dem in dem Arbeitsrecht wurzelnden Einzelvertrag entschließen würde. Daß dies nicht der Fall ist, ist nur und allein aus der Tatsache heraus zu verstehen, daß man den Anstellungsvertrag aus den bestehenden Rechtsformen und deren Entwicklung heraus unter allen Umständen erklären zu müssen glaubt. Das wird m. E. vor allem auch dadurch verursacht, daß es ein eigenes Arbeitsvertragsrecht noch nicht gibt, daß man für den arbeitsrechtlichen Arbeitsvertrag (Anstellungsvertrag) grundsätzlich die bestehenden Vorschriften des BGB., die auch für außerhalb des Arbeitsrechts stehende Verträge Anwendung finden, als gesetzliche Regelung ansehen muß. Diese Tatsache läßt eine Sonderstellung des Anstellungsvertrages, eine grundsätzliche Unabhängigkeit desselben anscheinend nicht zu. Aber man hat m. E. entsprechend der einheitlichen Auffassung des Arbeitsrechts wie folgt zu sagen: Alle gesetzlichen Vorschriften, mögen sie stehen wo sie wollen, gehören, wenn und soweit sie für arbeitsrechtliche Fragen Anwendung finden, zum Arbeitsrecht. Nur so ist es möglich, so lange das zu schaffende Arbeitsgesetzbuch noch nicht im vollen Umfange besteht, das Arbeitsrecht auch dem bestehenden Recht gegenüber und in der Praxis, also nicht nur in der Wissenschaft als einheitliches Rechtsgebiet aufzufassen. Erkennt man diese Auffassung an, so wird man den Anstellungsvertrag ansprechen als den durch das Sonderrecht der Arbeit geregelten Vertrag, der als solcher kein Unterfall eines anderen Vertrages ist, sondern der für sich allein steht und ebenso wie das Arbeitsrecht und seine Teilgebiete von ihm ähnlichen Gebilden abzugrenzen ist. Es ist auch keine Lösung der Frage nach dem rechtlichen Charakter des Anstellungsvertrages und damit des Arbeitsvertragsverhältnisses, wenn man versucht, den schuldrechtlichen Charakter überhaupt zu verneinen und das rechtliche Wesen in dem sogenannten sozialen Personenverhältnis zu sehen.[1]) Denn man kann die Tatsache nicht übergehen, daß ein Anstellungsvertrag regelmäßig eingegangen wird um der schuldrechtlichen Seite willen, von der einen Partei um Arbeit geleistet zu be-

[1]) Vergl. Potthoff a. a. O., bes. auch S. 10 ff.

kommen, von der anderen Partei um das Entgelt zu erhalten. Es gehört eben zum Wesen des Anstellungsvertrages, daß er aus schuldrechtlichen Motiven abgeschlossen wird, und daß er in seiner Ausgestaltung einen zum Teil überwiegend personenrechtlichen Charakter hat. Man darf keines dieser Momente als alleinig maßgebend und ausschlaggebend bezeichnen. Die Anschauung, die nach Potthoff von den meisten Sozialisten „merkwürdigerweise" geteilt wird, nämlich die Anschauung des schuldrechtlichen Charakters des Anstellungsvertrages, ist nicht grundfalsch. Sie ist nur wie die rein personenrechtliche Auffassung nicht erschöpfend und trifft nicht den Kern der Sache. Der Satz, daß der Anstellungsvertrag nicht als schuldrechtlicher Vertrag angesprochen werden dürfte, weil er nicht eine Sache, sondern menschliche Arbeitskraft und Arbeitsleistung zum Gegenstand habe, entspricht eben nicht der Ansicht der am meisten betroffenen Kreise. Diese vergessen verständlicherweise nicht das immer vorhandene schuldrechtliche Motiv beim Abschluß des Anstellungsvertrages. Der rechtliche Charakter des Anstellungsvertrages, wie er oben als dem Wesen entsprechend dargelegt ist, vergißt weder schuldrechtliches Motiv noch personenrechtliche Ausgestaltung. Die auch von Potthoff bei der Charakterisierung des Anstellungsvertrages verlangte Berücksichtigung des Gedankens, daß menschliche Arbeitskraft und Arbeitsleistung nicht wie eine Sache behandelt werden dürfen, ist doch in Wirklichkeit in größtmöglichem Umfang geschehen: Es ist und wird ein Sonderrecht für die menschliche Arbeitsleistung geschaffen.

kk) Der Lehrvertrag und der Volontärvertrag als Gegenstand des Arbeitsrechts.[1])

Der arbeitsrechtlichen Regelung unterstehen neben dem Anstellungsvertrag als dem häufigsten Fall des Einzelvertrages auch der Lehrvertrag und der Volontärvertrag, Der Lehrvertrag als solcher ist in verschiedenen Gesetzen (z. B. Reichsgewerbeordnung, Handelsgesetzbuch) geregelt. Über den Volontärvertrag gibt es eine ausdrückliche gesetzliche Regelung nicht. Seine Unterscheidung vom Lehrvertrag beruht im wesentlichen auf § 82a HGB. Die Unterscheidung dieser beiden Verträge ist mehrfach in wissenschaftlichen Werken behandelt. Der Unterschied ergibt sich meines Erachtens am besten aus dem Zweck beider Verträge. Der Lehrvertrag bezweckt eine vollständige Berufsausbildung des Lehrlings bei besonderer Verantwortlichkeit des Lehrherrn und dieser Verantwortlichkeit entsprechenden Rechten des Lehrherrn gegenüber dem Lehrling. Der Volontärvertrag bezweckt, dem Volontär die Möglichkeit zu geben, sich die für seinen Beruf nötige Erfahrung zu sammeln und sich auszubilden. Die Verpflichtung des Lehrherrn beim Lehrvertrag ist die systematische Anleitung und Ausbildung des Lehrlings, beim Volontärvertrag das zur Verfügungstellen einer zur Ausbildung des Volontärs geeigneten Gelegenheit. Während beim Lehrvertrag die Verpflichtung des Lehrherrn zur Anleitung gesetzlich geregelt ist und deshalb wesentlicher Inhalt ist, ist eine Verpflichtung beim Volontärvertrag

[1]) Vergl. Hueck-Nipperdey a. a. O. S. 63 u. 65, Hueck a. a. O. S. 256, Oertmann a. a. O. S. 250, Kaskel a. a. O. S. 141 ff, Sinzheimer a. a. O. S. 42. Vergl. bes. auch den Entwurf eines Berufsausbildungsgesetzes im Reichsarb.-Bl. 1927 No. 10.

zur systematischen Anleitung nicht nötiger Vertragsinhalt. Es ist dem Einzelvertrag und bei Nichterwähnung dem Willen des Lehrherrn allein überlassen, wie weit die Anleitung zu gehen hat. (Man vergl. eventl. den Unterschied zwischen dem Lernen an der Volksschule und dem Studium auf der Universität). Der Hauptzweck der beiden Verträge, die im folgenden zusammengefaßt Lehrvertrag (in weiterem Sinn) genannt werden sollen, d. i. das „Lernen" des Lehrlings oder Volontärs, ist an sich Gegenstand eines Spezialgebietes des Arbeitsrechts. Das Arbeitsrecht im Ganzen greift Platz, weil auf Grund das Lehrvertrages arbeitsrechtliche Arbeit geleistet werden muß. Der Zweck dieser Arbeit ist die Ausbildung des Lernenden. Sie ist arbeitsrechtliche Arbeit. Sie ist auch entgeltlich, denn die Verpflichtung des Lehrherrn aus dem Lehrvertrag stellt die Gegenleistung dar. Es dürfte im praktischen Leben regelmäßig so sein, daß von Seiten des Lehrherrn die Arbeit des Lernenden als Aequivalent für seine Verpflichtung angesehen wird. In der überwiegenden Anzahl der Fälle ist für den Lehrherrn bei Abschluß des Lehrvertrages maßgebend, daß die Arbeitskraft des Lernenden für ihn wertvoll und trotz der Tatsache, daß sie unausgebildet ist, billig ist. Wäre die vom Lernenden zu leistende Arbeit ohne Wert für den Lehrherrn, so würde es ohne gesetzlichen Zwang überhaupt nicht möglich sein, Lehrstellen zu schaffen. Daß die Arbeit vom Lehrherrn meist als wertvoller als seine eigene Ausbildungsverflichtung angesehen wird, geht schon aus der Tatsache hervor, daß in immer steigendem Maße dem Lernenden ein besonderes Entgelt neben der Ausbildung gewährt wird. Die Arbeit, die auf Grund des Lehrvertrages geleistet wird, ist also als echte arbeitsrechtliche Arbeit anzusehen. Der Lehrvertrag ist daher insoweit als Anstellungsvertrag anzusehen und zu behandeln, als er es mit dieser Arbeitsleistung zu tun hat.[1]) Er unterliegt den allgemeinen Arbeitsregeln insoweit, als er sich mit der Regelung der Arbeitsleistung befaßt. So ist z. B. die Arbeitsgerichtsbarkeit für Streitigkeiten aus dem Lehrvertrag und Lehrverhältnis zuständig, und es besteht daneben für die besonderen Lehrzwecke eine besondere Zuständigkeit der Innungsschiedsgerichte.

Im Gegensatz zu dieser Ansicht steht, wenn auch der Unterschied praktisch wenig ins Gewicht fällt, die Auffassung, daß der Lehrvertrag als Ganzes ein Anstellungsvertrag ist und nicht nur insoweit, als Leistung von arbeitsrechtlicher Arbeit durch ihn geregelt wird. In diesem Sinne müßte der Lehrvertrag als Sonderanstellungsvertrag bezeichnet werden. Doch trifft das nach dem oben Gesagten nicht ganz das Richtige. Der Lehrvertrag ist eben als Anstellungsvertrag, d. h. als ein Vertrag über die Leistung arbeitsrechtlicher Arbeit, insoweit zu behandeln, als er die Arbeitsleistung zum Gegenstand hat. Darüber hinaus ist er ein arbeitsrechtlicher Vertrag eigener Art.

d) Der Arbeitsvertrag (Anstellungsvertrag) als unabhängiger und selbständiger, sonderrechtlicher Vertrag.

Der Anstellungsvertrag wurde im vorhergehenden Abschnitt als Ergebnis einer rechtsgeschichtlichen Entwicklung aufgefaßt und als eine Unterform des

[1]) Vergl. Entwurf zu einem Allg. Arb. Vertr. Ges. § 3

Dienstvertrages behandelt. Die Bezeichnung „Anstellungsvertrag" wurde benützt, um den arbeitsrechtlichen Arbeitsvertrag als Unterform des Dienstvertrages, der wiederum eine Unterform des Arbeitsvertrages im weitesten Sinne ist, identifizieren zn können. In dem Folgenden soll der Versuch unternommen werden, den arbeitsrechtlichen Arbeitsvertrag möglichst unabhängig von anderen Rechtsformen zu erklären. Er wird im Folgenden, da es vor allem der Praxis des Arbeitsrechts entspricht, kurz Arbeitsvertrag genannt werden. Schon bei der Behandlung des rechtlichen Charakters des Arbeitsvertrages im vorhergehenden Abschnitt wurde darauf hingewiesen, daß man das Wesen des Arbeitsvertrages durch seine Erklärung entweder als schuldrechtlicher Vertrag oder als personenrechtlicher Vertrag nicht erfassen kann. Es wurde ferner darauf hingewiesen, daß der rechtliche Charakter desselben verstanden werden muß aus dem Charakter des Rechtsgebietes „Arbeitsrecht" heraus. Das Arbeitsrecht ist ein Sonderrecht. Warum es ein solches ist, wurde schon in der Einführung, dem ersten Teile der vorliegenden Arbeit, darzulegen versucht. Es ist das Sonderrecht der menschlichen Arbeit, die entgeltlich und abhängig geleistet wird. Gegenstand des Arbeitsrechts ist also die arbeitsrechtliche Arbeit, das ist die Verwendung der menschlichen Arbeitskraft in den mannigfaltigen, im Leben vorkommenden Formen, wenn sie abhängig und gegen Entgelt tätig wird.[1]) Um seine Aufgabe erfüllen zu können, die ihm im Interesse des Staates der Gemeinschaft wie des einzelnen, der Wirtschaft wie der Kultur gestellt wurde, muß das Arbeitsrecht Normen verschiedensten Charakters enthalten, es muß nahezu eine Gesamtrechtsordnung neben der allgemeinen bilden. Die Erkenntnis dieser umfassenden Aufgabe des Arbeitsrechts ist aber erst neuesten Datums. Mit ihrer Anerkennung müßte auch die Anerkennung des Arbeitsrechts als einheitliches Rechtsgebiet Tatsache werden. Diese Anerkennung der Einheitlichkeit des Arbeitsrechts wurde nicht dadurch beeinflußt, daß wichtige Teile seines Normenbestandes nicht um seinetwillen neu geschaffenes Recht waren, sondern bestanden als Teile des allgemeinen Rechts. Die Erkenntnis, daß das Arbeitsrecht seinem Wesen nach etwas Geschlossenes und Neues, etwas systematisch nur der Gesamtrechtsordnung zu vergleichendes sei, konnte durch diese „Entlehnung" von Rechtsnormen nicht gehindert werden. Das Wesen des Arbeitsrechts und sein Zweck verlangten, es wohl abzugrenzen gegen das allgemeine Recht, aber es aus sich heraus zu erklären und darzustellen. Die Grundlage ist die Verwendung der menschlichen Arbeitskraft auf besondere Art, die arbeitsrechtliche Arbeit. Diese Arbeit im Zustande der Leistung, das ist das Arbeitsleistungsverhältnis im oben dargelegten Sinne, wird im weit überwiegenden Teile der vorkommenden Fälle geregelt durch den Arbeitsvertrag. Dieser Vertrag ist also aufs engste mit dem Arbeitsrecht als Ganzes verbunden. Es ist daher nur folgerichtig, wenn man entsprechend der Auffassung des Arbeitsrechts den Arbeitsvertrag auffaßt als ein novum, als einen Vertrag, der auf Grund hervorgetretener Bedürfnisse des praktischen Lebens durch Zusammennahme bestehender Rechtssätze mit neugebildeten Normen gebildet wurde. Der Arbeitsvertrag in der Regelung, wie sie jetzt besteht, ist ein Vertrag, wie man ihn in unserer Rechtsordnung sonst nicht kennt. Der Arbeitsvertrag ist also zu betrachten und zu verstehen als ein Vertrag eigener Art, der wie das Arbeitsrecht selbst entstanden und geschaffen ist auf Grund prak-

[1]) Vergl. Kaskel a. a. O. S. 3

tischer Notwendigkeit. Seine Charakteristik hat auszugehen von dem Leitgedanken, daß er nur erkannt und rechtlich behandelt werden kann als der unabhängig von dem allgemeinen Recht bestehende Vertrag über die Leistung arbeitsrechtlicher Arbeit.

Der Arbeitsvertrag ist danach eine Neuschöpfung, die Wissenschaft und Praxis, Gesetzgebung und Rechtsanwendung geschaffen haben, angeregt durch politische und kulturelle Gedankengänge, ebenso wie durch die Erkenntnis einer im praktischen Leben vor sich gehenden Entwicklung. Bei einer dahingehenden Betrachtung des Arbeitsvertrags ist wie bei der Betrachtung des Arbeitsrechts überhaupt eine Schwierigkeit vorhanden, die nicht immer erkannt, anerkannt und überwunden wird, das ist die Wahrung der möglichsten Objektivität gegenüber den bestehenden und auch bei der Schaffung des Arbeitsrechts sich in verschiedenstem Maße bemerkbar machenden politischen, parteipolitischen und weltanschaulichen Richtungen. Wenn man z. B. die Materialien zum neuesten arbeitsrechtlichen Gesetz, dem Arbeitsgerichtsgesetz, durchsieht, ist der Eindruck der parteipolitischen Beengtheit gerade bei den maßgebenden parlamentarischen Verhandlungen ein bedauerlich starker. Wenn auch eine solche Beschränkung der Objektivität der Wissenschaft nicht zum Vorwurf gemacht werden kann und darf, so ist eine Tatsache doch nicht zu übersehen: das ist der Einfluß verschiedener dem heutigen Menschen äußerst geläufiger, deswegen aber noch lange nicht eindeutiger und bedeutungsvoller Schlagworte, der sich auch in der Wissenschaft hier und da bemerkbar macht. Das ist wohl darauf zurückzuführen, daß der Gedanke der Schaffung eines Arbeitsrechts besonders in Bezug auf die Grundlagen und Grundsätze desselben oft Gegenstand heißer Kämpfe war. Man mag politisch denken, wie man will, man mag zur Schaffung eines einheitlichen, Arbeitsrechts Stellung nehmen, wie man will, man wird sich jetzt auf den Standpunkt stellen müssen, daß das einheitliche Arbeitsrecht ein allgemein anerkanntes Bedürfnis ist und daher nicht zu umgehen ist. Da dieses Recht staatliches Recht ist, wird man es so zu gestalten haben, daß es eine möglichst unparteiische Regelung bedeutet. Das ist aber nur dann möglich, wenn man sich streng an die Bedürfnisse und Notwendigkeiten des Lebens, die Gegenstand des Arbeitsrechts sind, hält und versucht, Schlagworte und die mehr oder minder verschwommenen Gedankengänge, die sich hinter ersteren eventuell verbergen, auszuschalten. Man sollte sich daher hüten, bei der Betrachtung des Arbeitsrechts mit Ausdrücken wie soziale Gerechtigkeit, Menschwerdung des Arbeitnehmers und ähnlichen anderen zu operieren. Was geschaffen werden soll oder geschaffen ist, ist gesetzliches, staatliches Recht, das soweit wie möglich eine objektive, möglichst gute Regelung erkannter Bedürfnisse sein soll.

Auch bei der Behandlung des Arbeitsvertrags wird man von oft nüchtern anmutenden Tatsachen auszugehen haben. Der Arbeitsvertrag hat die Bedingungen der Arbeitsleistung zu regeln. Wo einstmals ausschließlich das Bestimmungsrecht des Arbeitgebers maßgebend war, und wo es diesem überlassen war, über seine eigenen Interessen hinaus auch andere zu berücksichtigen, sodaß die Regelung der Arbeitsbedingungen außer dem Entgelt in der Regel nicht im Arbeitsvertrag erfolgte, sind jetzt im Vertrag selbst die verschiedensten Interessen zu berücksichtigen und in Einklang miteinander zu bringen. Es sind im wesentlichen 4 Gruppen solcher Interessen zu unterscheiden:

1) Die Interessen der unmittelbar am Vertrag beteiligten Einzelpersonen.

2) Die Interessen des Betriebes, d. h. der wirtschaftlichen Einheit, der die Arbeitsleistung zugute kommen soll, und ihres Trägers, des Arbeitgebers, sowie die der Gesamtheit der die Arbeit leistenden Personen.
3) Die Interessen der zusammengefaßten Betriebe gleicher Art oder aller wirtschaftlichen Betriebe eines räumlichen Bereichs, wobei wieder zusammentreffen die Interessen der die Arbeit verwendenden wirtschaftlichen Verbände und ihrer Träger und die Interessen der Gesamtheit der sie leistenden Personen.
4) Das Interesse des Staates als des Repräsentanten der Gesamtheit des Volkes und der Volkswirtschaft.

Diese 4 hauptsächlichsten Gruppen der für den Arbeitsvertrag maßgebenden Interessen sind tatsächlich alle miteinander verknüpft und voneineinander abhängig. Sie können, müssen aber nicht bei jedem Arbeitsvertrag eine nach außenhin feststellbare Berücksichtigung finden. Jede dieser Interessengruppen hat indessen die Möglichkeit der Einflußnahme in der überwiegenden Anzahl der vorkommenden Fälle. Ihre Feststellung erklärt und versinnbildlicht die Tatsache, daß der Arbeitsvertrag Bestandteile verschiedenen rechtlichen Charakters enthält und enthalten muß, soweit eine Berücksichtigung der verschiedenen Interessengruppen gegeben ist. Die diesen 4 Interessengruppen entsprechenden, für den Arbeitsvertrag und damit für die Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen maßgebenden Regeln stehen in einem bestimmten Rangverhältnis zueinander.[1]) Der Einzelvereinbarungen gehen die den 3 anderen Gruppen entsprechenden Vorschriften oder Regeln vor, soweit sie zwingend, unabdingbar oder mit ähnlicher Wirkung ausgestaltet sind. Und zwar ist ihr gegenseitiges Rangverhältnis entsprechend der obigen Gruppenanordnung so, daß staatliche zwingende Gesetzesbestimmungen den ersten Rang einnahmen. Die nachgiebigen Bestimmungen, die entsprechend den 3 Interessengruppen, ausschließlich der ersten, bestehen, stehen der Einzelvereinbarung in einem der obigen Gruppenreihenfolge direkt entsprechende Rangverhältnis nach. Das sogenannte Direktionsrecht des Arbeitgebers, das einstmals die Bedingungen der Arbeitsleistung ausschließlich regelte, und zu dessen Wesen es gehört, daß es innerhalb seines Wirkungskreises oder Geltungsbereichs nicht an einem Vertrag oder eine sonstige Vereinbarung gebunden ist, sondern nur von der freien Entschließung des Arbeitgebers abhängig ist, kommt jetzt erst dann zu Worte, wenn die vier Interessengruppen berücksichtigt sind, oder wenn sie dadurch, daß im Einzelfall eine rechtliche Berücksichtigung wegen mangelnder Vertretung oder Organisation nicht möglich ist, eine Berücksichtigung nicht finden können. Am deutlichsten läßt sich diese Verteilung der Interessen und die Einflußnahme der verschiedenen Träger derselben bei dem im Rahmen eines Großbetriebes geschlossenen Arbeitsvertrage erkennen.

Die rechtliche Regelung des Arbeitsvertrages, das Arbeitsvertragsrecht, hat also dafür zu sorgen, daß eine Einflußnahme entsprechend den 4 Hauptgruppen der Interessen grundsätzlich möglich ist, und hat infolgedessen die Grundsätze

[1]) Vergl. Hueck, Das Arbeitsvertragsrecht S. 27: Er teilt ausserordentlich übersichtlich nach dem Rangverhältnis ein: 1) zwingende gesetzliche Bestimmungen, 2) Tarifbestimmungen, soweit die Unabdingbarkeit reicht, 3) Bestimmungen der Arbeitsordnung (Betriebsvereinbarung) über Entlassungs- und Austrittsgründe, sowie über Fabrikstrafen. 4) Vereinbarungen im Einzelarbeitsvertrag. 5) Bestimmungen der Arbeitsordnung ausser den zu 3) genannten, sowie sonstige Vereinbarungen mit der Betriebsvertretung, soweit sich der Arbeitnehmer ihnen wenigstens stillschweigend unterworfen hat. 6) Tarifbestimmungen ausserhalb d. Rahmens der Unabdingbarkeit, 7) Nachgiebige Gesetzesbestimmungen.

des Arbeitsvertragsrechts seiner Eigenart entsprechend festzulegen.[1]) Auf diese Weise stellt sich ohne Weiteres die Vertragsfreiheit als grundsätzlich nicht maßgebendes Prinzip dar. Vertragsfreiheit besteht eben insoweit, als nicht zwingende oder unabdingbare oder mit ähnlicher Wirkung ausgestaltete Rechtsvorschriften bestehen. Die Gestaltungsfreiheit vor allem ist eben im Gegensatz zum bürgerlichen Recht nicht ein Grundsatz, der nur durch verhältnismäßig wenige Ausnahmen eingeschränkt wird. Diese Überlegung ist nicht nur richtig in Bezug auf eine zukünftige Regelung, z. B. §§ 6 mit 7 Entwurf zu einem Allg. Arb. Vertr. Ges., sondern dieser Rechtszustand ist auch heute schon gegeben. Die Abschlußfreiheit ist Grundsatz, weil es Ausnahmen sind, wenn durch Rechtssatz ein Abschluß geboten oder verboten wird. Die Freiheit der Form ist gesetzesrechtlich bis auf verschwindende Ausnahmen nicht berührt, sie wird aber in äußerst zahlreichen Fällen durch Gesamtvereinbarungen eingeschränkt. Trotzdem ist auch sie noch als Grundsatz anzuerkennen. Alle diese Feststellungen erklären sich auf Grund der Verteilung der Interessen der oben angeführten 4 hauptsächlichsten Gruppen, deren Einflußnahme gesichert werden muß, um dem Arbeitsrecht die Möglichkeit zu geben, seine Aufgabe zu erfüllen. Aus dem Zustandekommen des Arbeitsvertrages, wie es dargelegt wurde, aus den verschiedenen Kräften, die auf den Arbeitsvertrag Einfluß nehmen, und aus dem verhältnismäßig geringen Bereich, der der Regelung durch die Einzelvereinbarung vorbehalten ist, erklärt sich z. B. auch die Behandlung der teilweisen Nichtigkeit beim Arbeitsvertrag. Im Gegensatz zur Regel des § 139 BGB. wird ein Arbeitsvertrag immer rechtsgültig sein, auch wenn ein Teil nichtig ist, ausgenommen nur, wenn ein Abschlußverbot verletzt ist. Denn die wichtigsten Interessen der 3 Gruppen ausschließlich der ersten sind durch zwingende oder unabdingbare Vorschriften gesichert, die entweder ausdrücklich von der tatsächlichen Arbeitsleistung ausgehen oder die Wirkung haben, über die Nichtigkeit der entgegenstehenden Bestimmung der Einzelvereinbarung hinaus diese ohne weiteres ersetzen zu können. Das ist bei vielen Gesetzesbestimmungen dadurch erreicht, daß sie als Vorbedingung ihrer Anwendbarkeit nur die tatsächliche Leistung arbeitsrechtlicher Arbeit haben. Bei Gesamtvereinbarungen ist diese Wirkung teils durch Gesetz, z. B. durch die Verordnung über den Tarifvertrag, oder durch Vereinbarung für die unabdingbaren Vorschriften immer vorhanden.[2]) Der Grund für diese Regelung ist der, daß Gegenstand des Arbeitsrechts eben grundsätzlich die arbeitsrechtliche Arbeit im Zustande der tatsächlichen Leistung ist, und daß diese Aufgabe am besten erfüllt wird, wenn wenigstens die wichtigsten Regeln unter Umgehung der rechtsgeschäftlichen Regelung des Einzelfalls sich direkt auf das Arbeitsleistungsverhältnis beziehen. Ob der eine Teil arbeiten will und der andere Teil die Arbeitsleistung annehmen und verwenden will, ist beiden Teilen grundsätzlich freigestellt. Kommt es aber zur Arbeitsleistung, so setzt damit ohne weiteres die besondere Regelung des Arbeitsrechts ein. Sie hat grundsätzlich kein Interesse daran, daß eine Arbeit, die den bestehenden Regeln mit Ausnahme der Abschlußverbote nach ihrer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung entgegensteht, unterbleibt. Ihr Interesse ist es, die Leistung arbeitsrechtlicher

[1]) Vergl. hiezu besonders Molitor — Hueck — Riezler a. a. O. Ausserdem Entwurf zu einem Allgemeinen Arbeits-Vertragsgesetz.

[2]) Vergl. § 8 Allg. Arb. Vertr. Ges. Entw.

Arbeit zu fördern, zu ermöglichen und in möglichst guter und den Bedürfnissen entsprechender Weise zu regeln.

Der Arbeitsvertrag ist also der Vertrag, der zum Zweck der Leistung arbeitsrechtlicher Arbeit geschlossen wird und der nach Form und Inhalt geeignet ist, die in Betracht kommenden Interessen in Bezug auf die Arbeitsleistung, ihre Verhältnisse und Auswirkungen und die mit ihr verbundenen Personen zu berücksichtigen. Er ist als solcher ein Vertrag eigener Art, zu verstehen nur aus dem Wesen der arbeitsrechtlichen Arbeit und allem dem, was mit ihr in Zusammenhang steht.

3. Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag als Grundlagen des Arbeitsrechts als Sonderrecht.

Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag sollen betrachtet werden als Grundlagen des Arbeitsrechts als Sonderrecht und als Grundlagen für die Abgrenzung und Umgrenzung dieses Sonderrechts gegenüber dem allgemeinen Recht. Das Arbeitsrecht soll dabei als einheitliches Rechtsgebiet aufgefaßt werden mit der Maßgabe, daß alle Vorschriften auch anderer Rechtsgebiete, wenn sie für die Sonderregelung der arbeitsrechtlichen Arbeit gelten und soweit sie gelten, als Teile dieses einheitlichen Arbeitsrechts aufgefaßt werden. Nur auf diese Weise kann man der herrschenden und einzig folgerichtigen Auffassung vom Arbeitsrecht gerecht werden, der Auffassung, die auch in Art. 157 RV. niedergelegt ist.

Es ist schon oben darauf hingewiesen worden, wie allmählich in der Wissenschaft die Differenzierung und Unterscheidung der beiden Begriffe „Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag" gefordert und gefördert wurde. Diese Differenzierung und Unterscheidung ist nötig vor allem für die Erkenntnis des Arbeitsrechts in Bezug auf seine Grundlagen und seine Abgrenzung. Mit der Entwicklung des Arbeitsrechts vom Sonderrecht einzelner Berufsstände zum Sonderrecht einer menschlichen Tätigkeit überhaupt ist die Notwendigkeit seiner genauen Erkenntnis im oben dargelegten Sinn gewachsen. Als Sonderrecht einzelner Berufsstände ist seine Abgrenzung nicht schwer, denn schon der Begriff „Berufsstand" enthält den Hinweis darauf, daß die diesem Stande angehörigen Menschen und die bei diesem Berufsstand zu regelnden besonderen Verhältnisse ein besonderes Abgrenzungsmerkmal gegenüber den übrigen Menschen und ihren Lebensverhältnissen haben. Man wird stets rechtliche Grundlagen dafür zur Verfügung haben. Denn die notwendigerweise vorhandene Einheitlichkeit eines Berufsstandes bedingt es, daß auch die Zugehörigkeit zu ihm auf Grund eines einheitlich rechtlichen Merkmals, mindestens aber weniger und bestimmter rechtlicher Merkmale erkannt werden kann. Das Sonderrecht eines solchen Berufsstandes wird dann zuständig sein, wenn das besondere rechtliche Merkmal oder eines der wenigen bestimmten vorhanden ist. Damit ist die Abgrenzung gut und einwandfrei durchgeführt. Das Arbeitsrecht ist aber eben nicht das Recht eines Berufsstandes, denn die Arbeitnehmer in seinem Sinn bilden in keiner Weise einen Berufsstand und das Arbeitsrecht ist auch nicht das Recht der Arbeitnehmer allein. Bei der Vielfältigkeit der vorkommenden Arten der arbeitsrechtlichen Arbeit, auf die schon oben bei der Besprechung der Abhängigkeit als besonderem Merkmal dieser

Arbeit hingewiesen wurde, ist die Abgrenzung natürlich auf andere Grundlagen aufzubauen. Denn abgesehen davon, daß die Leistung von Arbeit in vielen Fällen ohne rechtliche Regelung, ja ohne rechtliche Überlegung der beteiligten Personen eingegangen wird, und daß die Fiktion eines Rechtsaktes immer bedenklich ist, ist die Zahl der Rechtsgeschäfte so groß, auf Grund deren arbeitsrechtliche Arbeit geleistet werden kann, daß ihre Aufzählung das Arbeitsrecht unübersichtlich und besonders für die überwiegende Mehrheit der von ihm betroffenen Menschen schlecht verständlich und wenig vertrauenerweckend machen würde. Es ist daher der Gedanke naheliegend, als Merkmal für die Abgrenzung des Arbeitsrechts, d. h. für seine Zuständigkeit im allgemeinen, das zu nehmen, was als gemeinsame Grundlage der arbeitsrechtlichen Normen anzunehmen ist. Der Arbeitsvertrag kann das nicht sein, wie oben dargelegt wurde. Er wird als Grundlage über die allgemein feststehende hinaus dort zu verwenden sein, wo es auf eine besondere rechtliche Festlegung ankommt, wo z. B. eine besondere rechtliche Abgrenzung innerhalb des Arbeitsrechts vorgenommen werden soll. Als allgemeine Grundlage aber ist das Arbeitsverhältnis zu betrachten. Dieser Begriff kehrt in vielen arbeitsrechtlichen Bestimmungen wieder, hat aber nicht immer die gleiche Bedeutung. Wie er der modernen Auffassung des Arbeitsrechts entsprechend aufzufassen ist, soll im folgenden dargelegt werden.

a) Das Arbeitsverhältnis als Grundlage und die Notwendigkeit der klaren Erkenntnis seiner Bedeutung.

Es wurden im zweiten Abschnitt des zweiten Kapitels vier Haupttypen als mögliche Deutungen des Begriffes Arbeitsverhältnis herausgearbeitet, wie er in der Wissenschaft verwendet wird. Es handelt sich um das Arbeitsvertragsverhältnis, das ist das auf Grund eines Arbeitsvertrags entstehende Arbeitsverhältnis, das Arbeitsverpflichtungsverhältnis, das zur Arbeitsleistung verpflichtende Rechtsverhältnis oder die Summe der durch die gegenseitig vorhandene Verpflichtung entstandenen Beziehungen ohne Rücksicht auf ihre Entstehungsursache, das Arbeitsleistungsverhältnis, das ist der tatsächliche Zustand, daß arbeitsrechtliche Arbeit geleistet wird, und endlich das Arbeitsverfassungsverhältnis, das ist die Summe der Beziehungen, die aus der gemeinsamen Organisation, in der beide Parteien auf Grund der sie verbindenden Interessen stehen, entspringen.

aa) Würdigung der einzelnen Deutungsmöglichkeiten.

Das Arbeitsvertragsverhältnis scheidet als allgemein gültige Grundlage für das Arbeitsrecht in seiner modernen Auffassung aus. Wie schon oben dargelegt, vollziehen sich bei weitem nicht alle Arbeitsleistungen, die Gegenstand der arbeitsrechtlichen Sonderregelung sein sollen, in einem Arbeitsvertragsverhältnis. Es würde also den Kreis der Zuständigkeit des Arbeitsrechts zu eng ziehen. Es kann als Grundlage für arbeitsrechtliche Normen nur Verwendung finden, wenn bei diesen eine ausdrückliche vertragliche Regelung Vorbedingung ihrer

Anwendbarkeit sein muß. Es kann als allgemeine Grundlage auch deshalb nicht gelten, weil es selbst nichts Ursprüngliches ist, weil es selbst von der Gestaltung durch ein vorausgehendes Rechtsgeschäft abhängig ist.

Viel eher als an das Arbeitsvertragsverhältnis könnte man an das Arbeitsverpflichtungsverhältnis als grundlegenden Begriff denken. Es faßt den Kreis viel weiter als ersteres, indem es als wesentlich das Vorhandensein einer Verpflichtung der beiden Parteien ohne Rücksicht auf den Entstehungsgrund voraussetzt, einer Verpflichtung, auf Grund deren die arbeitsrechtliche Arbeit geleistet werden soll und geleistet wird. Aber auch dieses Arbeitsverpflichtungsverhältnis kann nicht als Grundlage dienen, die von allgemeiner Bedeutung für das Arbeitsrecht und seine Abgrenzung ist. Denn die Tatsache, daß solche Verpflichtungen bestehen, und daß die beiden Parteien sich ihrer bewußt sind, ist vor allem schon deswegen für das Arbeitsrecht nicht von grundlegender Bedeutung und kann allgemein als Ausgangspunkt arbeitsrechtlicher Normen nicht dienen, weil die Feststellung dieser Verpflichtungen und ihre Regelung selbst Gegenstand arbeitsrechtlicher Normen ist und sein muß. Das Arbeitsverpflichtungsverhältnis ist wie das Arbeitsvertragsverhältnis nichts Ursprüngliches, keine Tatsache des praktischen Lebens. Von einer solchen Tatsache oder von solchen Tatsachen aus ist es aber zur Schaffung des Arbeitsrechts gekommen. Dieses Arbeitsrecht muß, um als staatliches Recht im wahren Sinne seiner Aufgabe möglichst gerecht werden zu können, möglichst wenig Anlaß zu Mißverständnissen bei seiner Anwendung geben. Gerade die Arbeitnehmer als die Personen, mit denen sich das Arbeitsrecht in ganz besonderem Umfang beschäftigt, werden aber ihre Verpflichtung zur Arbeitsleistung nicht als das für ihre Eigenschaft als Arbeitnehmer und für ihre Zugehörigkeit zu dem Lebenskreis, der durch das Arbeitsrecht geregelt werden soll, Maßgebende ansehen. Für sie ist maßgebend und wichtig in erster Linie ihre tatsächliche Arbeitsleistung. Die vertragliche Regelung derselben und die Verpflichtung zur Leistung sind dem Grundsatz nach arbeitsrechtliche Fragen zweiten Ranges gegenüber der Frage nach der tatsächlichen Arbeitsleistung. Weite Kreise der vom Arbeitsrecht betroffenen Personen würden es daher schwerlich verstehen können, wenn die für sie sorgenden Regeln des Arbeitsrechts nur auf Grund rechtlicher Formen oder rechtlicher Verhältnisse, die ihrer Anschauung ferner liegen, anwendbar wären, wenn sie in ihrer Ausgestaltung nicht von der für sie wichtigsten Frage der Arbeitsleistung ausgingen. Das Arbeitsrecht soll und muß aber so aufgebaut werden, daß die es beherrschende grundsätzliche Auffassung durch die ihr innewohnende Folgerichtigkeit und Klarheit dem politischen Streit möglichst nicht unterliegt. Nur auf dieser Grundlage kann das Arbeitsrecht als unparteiisches staatliches Recht geschaffen werden. Das Arbeitsverhältnis in der Deutung als Arbeitsverpflichtungsverhältnis ist daher ebenso wie in der als Arbeitsvertragsverhältnis als allgemein grundlegender Begriff nicht verwendbar.

Als weitere Deutungsmöglichkeit des Begriffes Arbeitsverhältnis kommt die Auffassung als Arbeitsverfassungsverhältnis in Betracht. Sie geht aus von dem notwendigen Zusammenwirken des Arbeitgebers mit dem einzelnen Arbeitnehmer und der Gesamtheit der Arbeitnehmer. Die Auffassung als Arbeitsverfassungsverhältnis geht daher aus von Folgen und Verbindungen der Arbeitsleistung, also nicht von dieser selbst. Sie knüpft an eine höchst wichtige Begleiterscheinung der arbeitsrechtlichen Arbeit an. Aber es ist eine Erscheinung, die zwar an sich

typisch für die arbeitsrechtliche Arbeit ist, aber nur eine Seite derselben darstellt. Eine Erscheinung, die sich außerdem nicht in allen Fällen, die dem Arbeitsrecht zu unterliegen haben, praktisch bemerkbar macht. Die Zusammengehörigkeit, die gemeinsame Organisation, die einer der Grundgedanken und Grundbedingungen des modernen kollektiven Arbeitsrechts ist, erschöpft nicht die Menge der Bedürfnisse, an die beim Arbeitsrecht zu denken ist. Sie ist auch nicht allein bei arbeitsrechtlichen Verhältnissen gegeben. Man denke z. B. an Gesellschaftsverhältnisse, vor allem solche, die zu einer gemeinsamen Tätigkeit führen. Auch sie können und zwar in besonders ausgeprägtem Maße eine Zusammengehörigkeit, eine gemeinsame Organisation, eine gemeinsame Arbeit zur Folge haben. Ein besonderes Merkmal der Zusammengehörigkeit und der gemeinsamen Organisation ist die Treuepflicht. Aber auch sie ist als grundlegendes Merkmal nicht zu verwenden, denn sie ist nach dem bestehenden Recht eine Folge der rechtlichen Regelung der tatsächlichen Arbeitsleistung. Sie ist wie die Zusammengehörigkeit der beiden Parteien des Arbeitsverhältnisses selbst, wie die Organisation und endlich wie das Arbeitsverfassungsrecht im Ganzen eine Folge und Auswirkung der Arbeitsleistung und damit nichts Ursprüngliches, im tatsächlichen Leben Wurzelndes. Das Arbeitsverfassungsverhältnis als die Summe der auf Grund der Zusammengehörigkeit und der gemeinsamen Organisation bestehenden Beziehungen, die Arbeitgeber und Arbeitnehmer miteinander verbinden, kann daher nicht als Grundlage des Arbeitsrechts in Betracht kommen. Es ist ein wichtiger Gegenstand eines wichtigen Teiles des Arbeitsrechts, ohne aber eine alleinige Eigenschaft der arbeitsrechtlichen Arbeit zu sein.

Als Grundlage des Arbeitsrechts, als Merkmal, Begriff oder Tatsache, die eine sichere Abgrenzung des Sonderrechts vom allgemeinen Recht ermöglicht, ist das Arbeitsverhältnis aufzufassen als Arbeitsleistungsverhältnis, d. h. als der tatsächliche Zustand, daß arbeitsrechtliche Arbeit geleistet wird. Es ist das das Leisten, das Ausüben und das Verwenden der menschlichen Tätigkeit, die mit ihren Vorbedingungen und Auswirkungen, mit den mit ihr in Beziehung stehenden Menschen Gegenstand des Arbeitsrechtes ist. Jede einzelne arbeitsrechtliche Vorschrift hat es letzten Endes mit diesem Arbeitsverhältnis direkt oder indirekt zu tun. Es bestimmt den Begriff des Arbeitnehmers im arbeitsrechtlichen Sinne. Denn Arbeitnehmer ist nicht, wer sich so nennt, wer es sein möchte, wer durch Rechtsakt dazu gemacht wird, sondern wer mit der arbeitsrechtlichen Arbeit, mit dem Arbeitsverhältnis als Arbeitleistender im Zusammenhang steht.

bb) Die Bedeutung der klaren rechtlichen Erkenntnis und die Aufgabe der Rechtslehre bei der Schaffung eines aktuellen Rechts.

Die Betrachtung des Begriffes Arbeitsverhältnis als Arbeitsleistungsverhältnis geht zunächst nicht von rechtlichen Gesichtspunkten aus. Es mag den Anschein haben, daß eine solche Betrachtungsweise bei einem Begriff, der grundlegend für ein großes und im modernen Leben äußerst bedeutungsvolles Rechtsgebiet sein soll, verfehlt ist und vor allem in einer rechtswissenschaftlichen Arbeit keinen Platz hat. Nach Ansicht des Verfassers ist sie aber unumgänglich nötig vor allem aus der folgenden Überlegung heraus: Will man sich als Jurist nicht nur mit dem Vergangenem oder aber noch lebendem, aber in sich ge-

schlossenem Recht befassen, sondern auch mit einem werdenden Rechtsgebiet und seiner Ausgestaltung, so muß man versuchen, zweierlei verstehen zu lernen. Das ist einmal das Verständnis für die Rechtswissenschaft und ihre Lehren und Ergebnisse, die sich mit der systematischen Erkenntnis schon bestehenden oder vergangenen Rechts beschäftigen. Diese Erkenntnis ist nicht nur als Geschichte des Rechts von Bedeutung, sie ist eine Schulung des rechtlichen Denkens und hat den besonderen Zweck, den Sinn für rechtliche Vorgänge und Formen zu entwickeln. Das zweite ist die Erkenntnis der Kunst — es ist keine Wissenschaft im strengen Sinn —, der Kunst, Vorgänge des praktischen Lebens, die einer Regelung bedürfen, in ihren tatsächlichen Grundlagen zu erkennen und ihnen eine möglichst gute, rechtliche Regelung zu geben. Beides, die Rechtswissenschaft in strengem Sinn und die Kunst der Schaffung neuen Rechts auf Grund der Erkenntnis des praktischen Lebens, ist voneinander nicht zu trennen. Beide Gebiete sind aber auch genau von einander zu unterscheiden, da die Verwischung der Grenzen und die Überschreitung ihres Bereichs nur zu Unklarheit und verfehlten Ergebnissen führen kann.

Wir haben es bei dem Arbeitsrecht mit einem Rechtsgebiet zu tun, das sich im Werden befindet, dessen Ziele und Zwecke oft verwischt und in ihrer Klarheit beeinträchtigt werden durch die Tatsache, daß die Ausgestaltung dieses Rechtsgebiets der Gegenstand heftigster politischer Kämpfe und Meinungsverschiedenheiten ist. Es ist hierbei die besondere Aufgabe der Rechtslehre und des Juristen überhaupt, die klare Erkenntnis der Bedürfnisse, die eine Regelung benötigen, und die Klarheit über die Wege der Regelung und über ihre Ziele immer wieder in den Vordergrund zu stellen. Denn ein Recht, eine Summe von Gesetzen und Einzelnormen neu zu schaffen ist immer Aufgabe des Juristen, eine Aufgabe, die er in dem oben dargelegten Gedanken der Zweiteilung seines Denkens und Könnens in Angriff zu nehmen hat.

Das Arbeitsrecht wird von den einen vom Standpunkt der Wirtschaft, entweder Privat- oder Volkswirtschaft, von den anderen vom Standpunkt einer der beiden Hauptgruppen der beteiligten Personen, Arbeitgeber oder Arbeitnehmer, endlich auch vom Standpunkt des Staates als des für alles Verantwortlichen und des alles Regelnden angesehen und zu regeln versucht. Das kommt ganz besonders deutlich zum Bewußtsein, wenn man die Drucksachen des Reichstags über die Beratung eines arbeitsrechtlichen Gesetzes z. B. die auf das Arbeitsgerichtgesetz Bezug nehmenden, durchliest oder studiert. Dieses Nebeneinander und Gegeneinander der Meinungen bei der Schaffung eines Gesetzes schafft nicht durch gegenseitiges Ergänzen und Zusammenwirken ein einheitliches Recht, sondern ein Flickwerk. Nicht objektives, unparteiisches, für längere Zeit berechnetes Recht, sondern Augenblicksrecht in mehr oder minder großem Ausmaße. Hier zeigt sich die Aufgabe des Juristen. Er wird gerade beim Arbeitsrecht immer wieder auf den gemeinsamen Grund, den Generalnenner aller möglichen Anschauungen zurückgehen müssen. Das ist die arbeitsrechtliche Arbeit. Das ist die Verwendung menschlicher Arbeitskraft zu ganz bestimmten Zwecken und auf ganz bestimmte Weise im Einzelfall. Es soll für sie ein Recht geschaffen werden, das nicht abhängig ist von dem Bestande politischer Strömungen, das beständig ist zum mindesten in seinen Grundlagen und Grundideen, das eine Sicherheit des Rechts gewährleistet. Diese Aufgabe kann es nur erfüllen, wenn es als Grundlage einen Tatbestand nimmt, der zu Meinungsverschiedenheiten

einen möglichst geringen Anlaß bietet, der es zugleich ermöglicht, alle vorhandenen Bedürfnisse zu berücksichtigen und für sie eine elastische, wenigstens den innerhalb kurzer Zeitspannen vorkommenden Änderungen des politischen Denkens nicht unterworfene gesetzliche Regelung zu schaffen. Das Bleibende in der Erscheinungen Flucht ist für das Arbeitsrecht die arbeitsrechtliche Arbeit. Ihr Bestand ist nicht machtpolitischen Strömungen unterworfen. Es wird dabei im übrigen nicht übersehen, daß die Ausgestaltung des Rechts, die Erklärung zum Gesetz den Juristen und der Rechtslehre in weitem Umfang entzogen ist. Das ändert aber an ihrer Aufgabe nichts. Sie haben durch ihr Wirken und Arbeiten dafür zu sorgen, daß wichtigste Grundgedanken immer wieder in Erinnerung gebracht werden und haben zu versuchen, ihnen allgemeine Anerkennung zu verschaffen. Die arbeitsrechtliche Arbeit, das Arbeitsverhältnis als die Tatsache, daß solche Arbeit geleistet wird, hat die prinzipielle Grundlage des Arbeitsrechts und seiner Teilgebiete zu sein.

cc) Auswirkungen der gewonnenen Erkenntnisse.

Die arbeitsrechtliche Arbeit, wenn sie geleistet wird, geleistet worden ist oder geleistet werden soll, ist der tatsächliche Zustand, aus dem heraus die einzelnen Bedürfnisse, die Gegenstand der Regelung durch das Arbeitsrecht sind, zu verstehen sind und verstanden werden müssen. Diese Arbeit hat das Merkmal, daß sie in Abhängigkeit geleistet werden muß. Sie hat die Folge, daß die sie leistenden, wie die sie verwendenden Personen in einem besonderen persönlichen und personenrechtlichen Verhältnis zueinander stehen. An den Tatbestand der Arbeitsleistung knüpft das Arbeiterschutzrecht ebenso wie das große Werk der Sozialversicherung an. Besonders das letztere Werk ist in weit vorausschauender Weise in der Voraussicht der Entwicklung des Arbeitsrecht zum Recht der arbeitsrechtlichen Arbeit überhaupt geschaffen worden.

Unmittelbarer Gegenstand der verschiedenen arbeitsrechtlichen Vorschriften ist natürlich nicht immer die Arbeitsleistung selbst. Sie versuchen darüber hinaus alle Folgen und Auswirkungen, alle Personen im einzelnen und alle Bevölkerungsschichten, die in einem besonderen Verhältnis zur arbeitsrechtlichen Arbeit stehen, zu ergreifen. Das Arbeitsrecht befaßt sich mit diesem allen, weil es mit der arbeitsrechtlichen Arbeit in Verbindung steht, weil diese ihren Stempel allem was mit ihr verknüpft ist, aufdrückt und aufgedrückt hat.

Die zukünftige Regelung des Arbeitsvertragsrechts wird daher auszugehen haben vom Tatbestand der Leistung arbeitsrechtlicher Arbeit überhaupt, sie wird mit ihren Bestimmungen an diesen Tatbestand im einzelnen anknüpfen und so den Arbeitsvertrag zu regeln haben als den unabhängigen, selbständigen Vertrag über die Leistung arbeitsrechtlicher Arbeit. Wie weit das in dem schon mehrmals erwähnten Entwurf zu einem Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetz geschehen ist, soll hier nicht im einzelnen erörtert werden. Verwiesen soll nur werden auf den § 52 dieses Entwurfs, über den bereits vielfache Meinungsverschiedenheiten bestehen.[1]) Er kann mindestens so aufgefaßt werden, daß das Entgelt

[1]) Vergl. Molitor — Hueck — Riezler, a. a. O. S. 40 ff.

geschuldet wird allein, und neben anderen Gründen zuerst, aus der tatsächlichen Arbeitsleistung. Der arbeitsrechtliche Lohnanspruch würde in diesem Sinn ausgehen von dem Arbeitsverhältnis als rechtlich bedeutsamer Tatsache und daher folgerichtig in Bezug auf die hier vertretene Auffassung sein.

dd) Das Arbeitsverhältnis als Abgrenzungsmerkmal.

Das Arbeitsverhältnis als tatsächlicher Zustand der Leistung arbeitsrechtlicher Arbeit mit ihren persönlichen und sachlichen Auswirkungen ist also Grundlage des Arbeitsrechts im Ganzen und im Einzelnen. Es ist damit grundsätzlich das Unterscheidungsmerkmal, das eine genaue und eindeutige Abgrenzung vom allgemeinen Recht ermöglicht. Alles was mit diesem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang steht, unterliegt arbeitsrechtlicher Regelung und ist insoweit anderem Recht entzogen. Dieser Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis ist der tatsächliche Zusammenhang, der aber nicht den zufälligen Zusammenhang umfaßt. Das Arbeitsrecht als auf Grund tatsächlicher Bedürfnisse des praktischen Lebens geschaffenes Recht wird eben dadurch vom allgemeinen Recht abgegrenzt, daß es nur für diese tatsächlichen Bedürfnisse und Verhältnisse Geltung hat.

b) Der Arbeitsvertrag als Grundlage arbeitsrechtlicher Vorschriften.

Inwiefern hat nun der Arbeitsvertrag als Grundlage des Arbeitsrechts zu dienen, wie verträgt sich das mit der oben ausgeführten grundsätzlichen Auffassung? Der Arbeitsvertrag ist der das Arbeitsverhältnis regelnde Vertrag. Er ist die Rechtsform, in der das Arbeitsverhältnis in der überwiegenden Anzahl der Fälle seinen rechtlichen Ausdruck erhält. Ist ein Arbeitsvertrag ausdrücklich und gültig abgeschlossen worden, so ist das ein Anzeichen dafür, daß zwischen den beiden Parteien über das Arbeitsverhältnis Klarheit in Bezug auf seinen Charakter und seine Bedeutung geherrscht hat. Er bedeutet eine über die tatsächliche Verknüpfung durch das Arbeitsverhältnis hinausgehende Verbindung der Parteien, eine Verbindung, die an sich nicht in der Natur der Arbeit selbst liegt, die aber aus den besonderen Bedürfnissen heraus vom Recht geschaffen worden ist. Er bedeutet eine besondere Festigung und Festlegung des Arbeitsverhältnisses. Dieser Arbeitsvertrag bildet die Brücke zwischen dem Arbeitsverhältnis und den rechtlichen Institutionen, die vom Gesetzgeber auf Grund der besonderen rechtlichen Festlegung des Arbeitsverhältnisses geschaffen wurden. So setzt z. B. die Inverzugssetzung des einen Teiles nach § 615 BGB., damit sie ihre rechtliche Wirkung haben soll, das Bestehen eines Arbeitsvertragsverhältnisses voraus. Auch im Arbeitsverfassungsrecht, dem auf Grund der aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden persönlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und zwischen den einzelnen Arbeitnehmern aufgebauten Rechtsgebiet, spielt die besondere Verknüpftheit, die durch den Arbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und vor allem zwischen Arbeitnehmer und der wirtschaftlichen Einheit des Betriebes entsteht, eine Rolle. So setzt z. B.

die 6 monatliche Frist der Betriebszugehörigkeit, die für die Erwerbung des passiven Wahlrechts zur Betriebsvertretung nötig ist, ein 6 Monate lang andauerndes Vertragsverhältnis und damit einen Arbeitsvertrag voraus. Es genügt einerseits ein Arbeitsleistungsverhältnis nicht, es ist ein solches aber auch nicht erforderlich. Maßgebend ist in diesem Falle die vertragliche, rechtliche Verknüpftheit mit Betrieb und Arbeitgeber. [1])

Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag stehen also als Grundlagen des Arbeitsrechts in Bezug auf Ausgestaltung und Abgrenzung einander nicht gleich. Das Arbeitsverhältnis ist in jedem Fall bei jedem arbeitsrechtlichen Gebiet, bei jeder arbeitsrechtlichen Regelung die letzte Grundlage und Ursache, entweder als Tatsache der Gegenwart und das meistens oder als Tatsache der Vergangenheit oder Zukunft. Es ist damit auch Grundlage des Arbeitsvertrags als des Vertrags, der ein Einzelarbeitsverhältnis regelt und die Arbeitsbedingungen rechtlich festlegt. Der Arbeitsvertrag ist als Grundlage dazu besonders zu verwenden, wo es auf die rechtliche Beziehung und die besondere rechtliche und vertragliche Verknüpfung des Arbeitnehmers mit dem Arbeitgeber und mit dem Betriebe ankommt. Er ist besonders wichtig deswegen, weil in ihm die rechtlichen Auswirkungen der Einflußnahme der vier hautsächlichsten Interessengruppen, die in Bezug auf das Arbeitsverhältnis festgestellt werden können, ihrem unmittelbaren für das Arbeitsverhältnis bedeutungsvollen Ausdruck finden.

Diese Auffassung der beiden Begriffe ist untrennbar verbunden mit der modernen Auffassung des Arbeitsrechts. Im folgenden Kapitel soll untersucht werden, wie das Arbeitsgerichtsgesetz als erster vollendeter Teil des künftigen Arbeitsgesetzbuches in Bezug auf das Ergebnis der bisherigen Untersuchungen zu verstehen ist und in seinen in Betracht kommenden Einzelbestimmungen auszulegen ist.

III. Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag nach dem Arbeitsgerichtsgesetz.

1) Die Bedeutung des Arbeitsgerichtsgesetzes für eine grundsätzliche Betrachtung des Arbeitsrechts.

Die besondere Bedeutung des Arbeitsgerichtsgesetzes für alle grundsätzlichen Betrachtungen und Untersuchungen des Arbeitsrechts hängt einmal damit zusammen, daß es der erste Teil des auf Grund Art. 157 RV. zu schaffenden einheitlichen Arbeitsrechts, zusammengefaßt im Arbeitsgesetzbuch ist, des weiteren aber darin, daß es als prozessuales Recht die Austragung der Streitigkeiten, die aus der Tatsache der Arbeitsleistung und ihrer gesetzlichen Regelung im weitesten Sinn entspringen, zu regeln hat und damit eng mit dem gesamten Aufbau des Arbeitsrechts verknüpft ist. Als erster Teil des kommenden Arbeitsgesetzbuches soll es vor allem eine Vorschau auf die tatsächlichen und rechtlichen Grundzüge und Grundideen des kommenden Rechts ermöglichen, es soll wenig-

[1]) Vergl, z. B. Flatow, Comm. zum BRG. §§ 20 und 78.

stens Klarheit darüber geben, wie weit sich bisher die moderne Anschauung des Arbeitsrechts, wie sie in dieser Arbeit darzulegen versucht wurde, im Arbeitsrecht durchgesetzt hat.

2) Grundzüge der Arbeitsgerichtsbarkeit und die Quellen für ihre Betrachtung.

Das AGG. kennt grundsätzlich 2 Verfahrensarten: Das Urteilsverfahren und das Beschlußverfahren. Bei dem Beschlußverfahren handelt es sich um die Streitigkeiten nach § 2 Abs. 1 No. 5 des AGG, die vordem nach der Schlichtungsverordnung vom 30. 10. 1923 zur Zuständigkeit der vorläufigen Arbeitsgerichte gehörte. Da es sich bei diesen Streitigkeiten und ihrer Durchführung wohl um die Fällung einer Entscheidung, nicht aber um Rechtsprechung im strengen Sinn handelt, wurde dieser Teil der Tätigkeit der Arbeitsgerichte in der amtlichen Begründung zur Vorlage des AGG. an den Reichstag als eine Art freiwilliger Gerichtsbarkeit in Arbeitssachen bezeichnet. Gegenstand und Zweck des Urteilsverfahrens ist dagegen die Rechtsprechung in strengem Sinn. Die sachliche Zuständigkeit in Bezug auf das Urteilsverfahren ist geregelt in den § 2, Abs. 1 No. 1—4, und 3. AGG. Die sachliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbehörden für das Urteilsverfahren beruht auf dem Grundgedanken, daß alle Streitigkeiten, die mit dem Arbeitsverhältnisse in Zusammenhang stehen und von Einfluß auf es sind, vor die Sondergerichtsbarkeit nach dem AGG. gehören.[1]) Dieser Grundgedanke ist zwar in dem Gesetz nirgends ausdrücklich ausgesprochen. Aber das nähere Studium der maßgebenden Zuständigkeitsbestimmungen und vor allem auch der Materialien zu diesem Gesetz zeigt immer wieder, daß teils bewußt, teils unbewußt die Regelung der sachlichen Zuständigkeit von diesem Standpunkt aus erfolgte. Als hauptsächlichste Materialien kommen in Betracht die Vorlage des Gesetzes durch die Reichsregierung nach Beratung und Beschlußfassung durch den Reichsrat mit eingehender Begründung an den Reichstag. Dann vor allem die Beratungen des 9. Ausschusses des Reichstags (Sozialpolitik), die im mündlichen Bericht und dem diesem folgenden redigierten Hauptbericht ausführlich enthalten sind. Die Beratungen im Plenum des Reichstags vermögen eine Unterlage vor allem für die Aufgabe der vorliegenden Arbeit nicht abzugeben, da sie vorwiegend politische Ausführungen enthalten und in rechtlicher Beziehung sich hauptsächlich auf die grundsächliche Ausgestaltung der Arbeitsgerichtsbehörden (selbständige Stellung oder Eingliederung in die Organisation der ordentlichen Gerichte), die Zusammensetzung der einzelnen Gerichte (Vorsitzende in der Regel hauptamtliche Richter usw.), auf die Zulassung der Rechtsanwälte und ähnliche Gebiete, die daneben auch von besonderem politischen Interesse sind, beziehen.

Nicht unter die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbehörden fallen vor allem aus Zweckmäßigkeitsgründen die Rechtsprechung in Arbeitsstrafsachen und Verwaltungsstreitigkeiten auf dem Gebiete des Arbeitsrechts.[2]) Es handelt sich bei

---

[1]) Vergl. amtl. Begründung S. 23 und 24, Anl. III zu No. 2795 der Reichstagsdrucksachen, Regierungserklärung z. d. §§ 2, 107.

[2]) Vergl. Amtl. Begründung S. 22. B. I.

den Arbeitssachen nach dem AGG. daher bis auf die im § 2 Abs. 1 No. 5 angeführten Fälle um bürgerliche Rechtsstreitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis.

Bezeichnend für den umfassenden Charakter der Arbeitsgerichtsbarkeit ist vor allem, daß ihr alle nach den Zuständigkeitsparagraphen in Betracht kommenden Sachen ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitwertes unterliegen. Bezeichnend ist ferner, daß die Höhe des Jahresarbeitseinkommens eines Angestellten, als Unterfall des Arbeitnehmers überhaupt, für die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte keine Rolle mehr spielt. Schon diese Tatsache scheint darauf hinzuweisen, daß bei der Schaffung des AGG. der modernen Auffassung des Arbeitsrechts entsprechend von dem berufsständischen Charakter des früheren Arbeitsrechts abgegangen wurde.

3) Der Aufbau der sachlichen Zuständigkeit auf dem Arbeitsleistungsverhältnis.

a) Im § 5 des AGG. wird der Begriff des Arbeitnehmers umschrieben. Im Hinblick auf diesen § wird in Wissenschaft und Praxis oft von dem „persönlichen Geltungsbereich des AGG." gesprochen. Ich halte diese Auffassung für unrichtig. Wenn man von einem persönlichen Geltungsbereich spricht, so denkt man an eine Abgrenzung der Zuständigkeit nach einem bestimmten Personenkreis, der hier als Berufsstand angesprochen werden müßte. Diesen Zweck hat der § 5 AGG. auf keinen Fall. Er hat im Gegenteil den Zweck darzulegen, daß es eine Abgrenzung nach persönlichen Eigenschaften und persönlichen Verhältnissen grundsätzlich nicht geben soll. Von eigentlicher Bedeutung ist deswegen bei diesem § hauptsächlich der Abs. 2. Es soll grundsätzlich keine persönliche Einschränkung der Zuständigkeit geben. Einmal spricht schon für diese Annahme, daß in den Materialien zum AGG. nicht eine Stelle zu finden ist, die von einer persönlichen Abgrenzung des Geltungsbereichs spricht. Besonders aber ist für diese Annahme die Fassung des § 5 maßgebend. Sie weist darauf hin, daß Arbeitnehmer eben alle Personen sind, die in einem faktischen Arbeitsverhältnis Arbeit leisten. Man hat diese kurze Definition nicht gewählt, weil man sich nicht klar geworden ist, daß die Aufzählung im § 5 Abs. 1 nichts anderes bedeutet. Aber man wollte alle diese Personen als Arbeitnehmer bezeichnet wissen. Es sollen alle Personen, die „ohne in einem Arbeitsvertragsverhältnis" zu stehen, im Auftrag und für Rechnung anderer Personen Arbeit leisten, als Arbeitnehmer angesehen werden. Das AGG. spricht hier im Gegensatz zu seinen anderen Zuständigkeitsbestimmungen, in denen es immer nur „Arbeitsverhältnis" heißt, vom Arbeitsvertragsverhältnis. Und zwar sagt es, daß es gar nicht darauf ankommt, ob ein Arbeitsvertragsverhältnis vorliegt. Es will mit seiner Umgrenzung des Begriffes Arbeitnehmer über den aus dem Arbeitsvertragsverhältnis Leistenden hinaus und führt als Beispiel für die Ausdehnung des Begriffes Hausgewerbetreibende und sonstige arbeitnehmer-ähnliche Personen an. Der Gedankengang war m. E. kurz der: Unter Arbeitnehmern, im einzelnen Angestellten und Arbeitern einschließlich der Lehrlinge, verstand man bisher und versteht zum Teil noch nur die Personen, die in einem Arbeitsvertragsverhältnis ihre Arbeit leisten. Da nicht in allen Fällen, die arbeitsrechtlicher Regelung

unterstehen sollen, ein Arbeitsvertragsverhältnis vorliegt, ist es notwendig, deutlich festzulegen, daß alle Personen, die entgeltliche und abhängige Arbeit leisten, auch Arbeitnehmer sind. So kam man zu der Formulierung des § 5, die im übrigen in den Beratungen und Verhandlungen nicht beanstandet wurde, weil man scheinbar fühlte, daß der richtige Grundgedanke vorhanden war. Dieser Grundgedanke geht aus der Fassung hervor wie folgt: Die Eigenschaft des Arbeitnehmers als solchem ist nur zu erklären aus seiner Arbeitsleistung. Diese Eigenschaft soll jeder im Sinne des AGG. haben, der arbeitsrechtliche Arbeit leistet. Da eine Abgrenzung nach dem Arbeitsvertragsverhältnis wie nach jedem anderen Rechtsverhältnis, jeder anderen rechtlich begründeten Tatsache nicht alle vorkommenden Formen arbeitsrechtlicher Arbeit in sich schließen kann, muß man auf die Tatsache, daß arbeitsrechtliche Arbeit geleistet wird, zurückgehen und diese Tatsache, die am besten Arbeitsleistungsverhältnis oder faktisches Arbeitsverhältnis oder kurz allgemein Arbeitsverhältnis zu nennen ist, als das rechtlich bedeutsame Unterscheidungsmerkmal, als die Grundlage der Arbeitnehmereigenschaft bezeichnen. Der Abs. 1 bestätigt also tatsächlich nur die grundsätzliche Zuständigkeit in sachlicher Beziehung. Dieser Grundsatz wird eingeschränkt durch den Abs. 2. Es werden Personen, deren Arbeitsleistung an sich eine arbeitsrechtliche ist, nicht als Arbeitnehmer betrachtet, weil entweder durch die rechtliche Stellung ihrer Person die Abhängigkeit ihrer Arbeitsleistung aufgehoben wird, oder weil auf Grund allgemeiner Staatsgrundsätze diese Personen eine eigene rechtliche Stellung haben sollen. Die Ausnahme der in Abs. 2 des § 5 bezeichneten Personengruppen vom Arbeitnehmerbegriff bedeutet also tatsächlich nichts weiter als eine Einschränkung der sachlichen Zuständigkeit. Die Anführung der Beamten und der Angehörigen der Marine und des Heeres ist außerdem noch aus politischen Gründen zu verstehen, da ja wohl ein Zweifel darüber, daß sie dem Arbeitsrecht nicht unterstehen, nicht leicht möglich ist. Die kommunistische Partei hatte nämlich in einem Antrag die Einbeziehung aller Streitigkeiten, die aus dem Verhältnis der Beamten und der Angehörigen der Wehrmacht entstehen, in die Arbeitsgerichtsbarkeit beantragt. Demgegenüber sollte trotz der glatten Ablehnung des Antrags die gegenteilige und allgemeine Auffassung ausdrücklich festgelegt werden.

Schon aus dem § 5 AGG. muß daher der Grundsatz entnommen werden, daß die Arbeitsgerichtsbehörden zuständig sind für alle Streitigkeiten, die aus dem Arbeitsverhältnis als Arbeitsleistungsverhältnis entstehen oder sonst mit ihm in Zusammenhang stehen.

b) Die sachliche Zuständigkeit wird grundsätzlich und ausdrücklich geregelt im § 2 AGG. Für das Urteilsverfahren kommen in Betracht die Nummern 1 — 4 des Abs. 1. In der folgenden Untersuchung soll die No. 1 aus Gründen der Zweckmäßigkeit und der Klarheit der Darstellung nach den Nummern 2 — 4 behandelt werden.

In No. 2 des § 2 Abs. 1 steht als Zuständigkeitsbestimmung an der Spitze die Vorschrift: Die Arbeitsgerichte sind .... zuständig „für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern aus dem Arbeits- oder Lehrverhältnis". In dieser wie auch den anderen in Betracht kommenden Bestimmungen sind immer Arbeitsverhältnis und Lehrverhältnis nebeneinander erwähnt. Diese Bestimmung würde darauf schließen lassen, daß beide Verhältnisse vom Standpunkt des Gesetzes aus als nebeneinanderstehend zu betrachten sind,

daß sie als etwas für das Arbeitsrecht grundsätzlich Verschiedenes anzusehen seien. Als Rechtsverhältnisse genommen sind beide auch nach Ausgestaltung und Zweckbestimmung als etwas Verschiedenes anzusehen. Man könnte daher meinen, daß das Arbeitsverhältnis in dieser Bestimmung und damit auch in den folgenden als ein Rechtsverhältnis, also nicht als Arbeitsleistungsverhältnis anzusehen sei. Das würde aber, wie sich aus den nachfolgenden Darlegungen ergeben wird, mit der Regelung der sachlichen Zuständigkeit, wie sie als Ganzes anzusehen ist, nicht übereinstimmen. In dieses Dunkel wirft ein Satz der amtlichen Begründung, die der Vorlage an den Reichstag beigegeben wurde, Licht. Es heißt dort: [1]) „Das Lehrverhältnis ist neben dem Arbeitsverhältnis ausdrücklich erwähnt, um seine Einbeziehung klar zu stellen." Dieser Satz weist klar und eindeutig darauf hin, daß an sich die beiden Begriffe Arbeitsverhältnis und Lehrverhältnis so, wie sie nach dem AGG. verstanden werden müssen, dasselbe bedeuten sollen, daß sie sich decken. Das aber ist nur möglich, wenn in beiden Fällen die gemeinsame tatsächliche und praktische Grundlage gemeint ist: Das ist der Zustand, daß tatsächlich arbeitsrechtliche Arbeit geleistet wird. Das aber ist das Arbeitsleistungsverhältnis in dem Sinn, wie er in dieser Arbeit herausgearbeitet wurde. Auch hier finden wir wieder Anzeichen dafür, daß man wohl ahnte oder fühlte, daß eine lückenlose und umfassende Regelung von der Tatsache der Arbeitsleistung auszugehen habe. Da aber vollständige Klarheit nicht vorhanden war und man den Begriff Arbeitsverhältnis, der bis dahin in so verschiedenen Auffassungen verwendet worden war, nicht die Möglichkeit zutraute, daß er alles das, was man einbeziehen wollte, auch klar zu erkennen gibt, setzte man neben ihn noch den Begriff Lehrverhältnis. Es ist das umsomehr anzunehmen, als man sich den Begriff Arbeitsverhältnis als losgelöst von jeder rechtlichen Form, als unabhängig von der Begründung durch einen Vertrag vorzustellen versuchte. Dies geht mit Deutlichkeit hervor aus der amtlichen Begründung. Es wird dort ausgeführt: [2]) „Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten auf dem Gebiet des Arbeitsrechts soll die Arbeitsgerichtsbarkeit mit wenigen Ausnahmen zuständig sein. Hierbei handelt es sich nicht nur um Streitigkeiten aus dem einzelnen Arbeitsverhältnis (?), sondern grundsätzlich um alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten aus den besonderen Rechtsverhältnissen des Arbeitslebens; dahin gehören Streitigkeiten aus dem Gesamtvereinbarungsverhältnis wie aus Vereinbarungen und tatsächlich bestehenden Arbeitsverhältnissen zwischen einzelnen Arbeitgebern und Arbeitnehmern . . . ." Und weiterhin an einer späteren Stelle: [3]) „Die große Gruppe der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern aus dem Einzelarbeitsverhältnis soll, abgesehen von den später zu behandelnden Ausnahmen des zweiten Halbsatzes des § 2 No. 2 des Entwurfs, insgesamt, d. h. auch ohne die Einschränkungen des Gewerbegerichtsgesetzes und des Gesetzes betreffend die Kaufmannsgerichte nach einem bestimmten Jahresarbeitsverdienst eines beteiligten Arbeitnehmers, der Arbeitsgerichtsbarkeit übertragen werden. Die Vorschrift umfaßt alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die aus einem Arbeits- oder Lehrverhältnis entstehen können, ohne Rücksicht auf das Vorliegen eines Vertrags, nicht jedoch

[1]) Vergl. Amtl. Begründung S. 56 C.
[2]) Vergl. Amtl. Begründung S. 23.
[3]) Vergl. Amtl. Begründung S. 24.

Streitigkeiten aus unerlaubten Handlungen, die mit dem Arbeits- oder Lehrverhältnis in einem nur zufälligen Zusammenhang stehen. Die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit wird ausdrücklich auch auf solche bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten erstreckt, die aus den vorbereitenden Verhandlungen über die Eingehung eines Arbeits- oder Lehrverhältnisses entstehen. Die Art des Vertrages, in dem ein Arbeitsverhältnis geregelt wird, bleibt für die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit außer Betracht." Die beiden Zitate zeigen klar und eindeutig, daß Wunsch und Wille darauf hin abzielten, die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit unabhängig von Rechtsformen und Rechtsverhältnissen zu machen, sie im Gegenteil nur von der tatsächlichen Arbeitsleistung ausgehen zu lassen. Man zog nicht die letzte Konsequenz, das alles so einfach und leichtverständlich zu formulieren, weil eine solche Formel nur der letzten unbedingten Klarheit über die Grundlagen des Arbeitsrechts entspringen konnte. Und diese Klarheit war dem Anschein nach nicht vorhanden. Vielleicht dachte man auch nicht an eine solche Formulierung, weil sie für den Gesetzgeber ungewohnt und ungewöhnlich sein würde. Dieser Auffassung, die dem ihr zugrundeliegenden Wunsch und Willen nach dem Ergebnis der vorliegenden Arbeit im vorhergehenden Teil zu entsprechen scheint, entsprach übrigens die Formulierung der ganzen No. 2 in der Regierungsvorlage weit mehr. Sie lautete kurz: „Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern aus dem Arbeits- oder Lehrverhältnis und aus den Verhandlungen über die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses; ausgenommen . . . . usw." Daß hier die Verhandlungen über die Eingehung eines Arbeits- oder Lehrverhältnisses ausdrücklich erwähnt sind, hat eine ähnliche Bedeutung wie die ausdrückliche Erwähnung des Lehrverhältnisses neben dem Arbeitsverhältnis. Es sollte die Einbeziehung klar stellen. Denn zu den Streitigkeiten, die aus der Tatsache, daß arbeitsrechtliche Arbeit geleistet wird, entstehen können, gehören die Streitigkeiten aus den Vorverhandlungen ebenso wie die später eingefügten aus den Nachwirkungen ohne weiteres dazu. Der ausdrückliche Zusatz dieser Einbeziehung ist allerdings im Interesse der Klarheit wohl zu verstehen. Wie man aus dem Zusammenhang der Fassung der No. 2 des § 2 nach der Reg. Vorlage mit der endgültigen Fassung sieht, erschien die erstere Fassung doch nicht klar genug. Bis zur endgültigen Fassung hat diese No. 2, vor allem im 9. Ausschuß des Reichstages, verschiedene Änderungen durchgemacht. Es erscheint nicht uninteressant, die verschiedenen Fassungen nach den Beschlüssen des Ausschusses anzuführen, um an der Gegenüberstellung mit der Fassung nach der Regierungsvorlage und mit der endgültigen Fassung erkennen zu können, wie im Grund genommen überall derselbe Grundgedanke lebendig war, wie es aber bis zur vollständigen Durchdenkung in Bezug auf seine Grundlagen und deren Formulierung anscheinend nicht gekommen ist. Die No. 2 des § 2 AGG. lautete nach dem Beschluß des 9. Ausschusses des Reichstags in der ersten Lesung wie folgt:[1]) „für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern aus dem Arbeits- oder Lehrverhältnis, aus Verhandlungen über die Eingehung eines Arbeits- oder Lehrverhältnisses, über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeits- oder Lehrvertrages, sowie für Streitigkeiten über Ansprüche wegen Einholung, Erteilung, Verweigerung, Form oder Inhalt der Auskünfte des Arbeitgebers über einen Ar-

[1]) Vergl. Reichstagsdrucksachen No. 2795, Anlage I.

beitnehmer und aus unerlaubten Handlungen, soweit diese mit dem Arbeits- oder Lehrverhältnis in Zusammenhang stehen; ausgenommen . . . ." Wesentlich neu angeführt sind in dieser Fassung die in der Form der Feststellungsklage gedachten Streitigkeiten über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeits- oder Lehrvertrages, die Streitigkeiten über die verschiedenen Punkte in Bezug auf die Auskunftserteilung, die ausdrückliche Erwähnung der Streitigkeiten aus unerlaubten Handlungen. Es ist wohl vor allem auch eine Folge der Geltendmachung politischer Gesichtspunkte, daß die Einzelaufzählung von Streitigkeiten, die alle eigentlich ohne Weiteres Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis sind, in dieser Art erfolgte. Ebenso zu bewerten ist die Fassung nach dem Beschluß der zweiten Lesung im 9. Ausschuß:[1]) „Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern aus dem Arbeits- oder Lehrverhältnis, über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeits- oder Lehrvertrages, aus Verhandlungen über Eingehung eines Arbeits- oder Lehrverhältnisses und aus dessen Nachwirkungen sowie für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten aus unerlaubten Handlungen, soweit diese mit dem Arbeits- oder Lehrverhältnis in Zusammenhang stehen. Ausgenommen sind Streitigkeiten, deren Gegenstand die Erfindung eines Arbeitnehmers bildet, soweit es sich nicht nur um Ansprüche auf eine Vergütung oder Entschädigung für die Erfindung handelt und Streitigkeiten . . . wie bisher." In dieser Fassung wurde dann die No. 2 endgültig angenommen. Die Aufzählung der verschiedenen Möglichkeiten von Streitigkeiten in Bezug auf die Auskunftserteilung wurde weggelassen, weil man mit dem kürzeren Zusatz „und aus dessen Nachwirkungen" dasselbe sagen konnte. Die Ausnahme der Streitigkeiten über die Erfindung eines Arbeitnehmers, soweit es sich um die Feststellung, ob eine Erfindung tatsächlich im Sinn des Gesetzes vorliegt, handelt, also um eine technische Frage handelt, ist durchaus folgerichtig. Ihre Einbeziehung würde dem Zweck der arbeitsrechtlichen Sonderregelung nicht entsprechen. Für ihre Entscheidung ist eine Eignung der Arbeitsgerichte nach ihrer Zusammensetzung auch nicht anzunehmen. Gerade dieser Punkt war aber der Gegenstand langer Verhandlungen und heftiger Dispute besonders im Plenum.

Der Einfachheit halber wird im Folgenden Lehrvertrag und Lehrverhältnis nicht mehr ausdrücklich mit angeführt. Sie sollen als in den Begriffen Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis mit eingeschlossen gelten.

Die Behandlung der No. 2 des § 2 Abs. 1 AGG. war bisher ausgegangen von dem 1. Halbsatz dieser Nummer. Auf ihn folgt die Zuständigkeitserklärung für Streitigkeiten über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsvertrages. Die Ansicht, die diese Vorschrift daraus erklären will, daß diese Streitigkeiten als Fälle einer reinen Feststellungsklage hervorgehoben werden sollten, ist m. E. nicht aufrecht zu erhalten.[2]) Es widerspricht dem ganzen Aufbau dieser Bestimmungen, an dieser Stelle eine besondere Herausarbeitung formell-rechtlicher Gesichtspunkte zu vermuten. Es zeigt vielmehr m. E. deutlich, daß man dem Grundgedanken nach Arbeitsverhältnis als faktisches oder Arbeitsleistungsverhältnis und Arbeitsvertrag einander gegenüberstellte. Dem versuchte man auf diese Weise einen klaren Ausdruck zu geben. Nötig wäre auch diese Aufzählung nicht. Denn der Arbeitsvertrag ist nichts anderes als der Vertrag, der ein Ar-

[1]) Vergl. Reichstagsdrucksachen No. 2795, Anlage I.

[2]) Vergl. Dersch-Volkmar, Komm. zum AGG. zu § 2 Abs. 1 No. 2.

beitsverhältnis regelt oder regeln soll. Alle Streitigkeiten, die sich auf ihn beziehen, sind daher auch ohne weiteres Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis. — Daß es sich bei der Klage in Bezug auf Bestehen oder Nichtbestehen des Arbeitsvertrages tatsächlich um eine reine Feststellungsklage handelt, wird natürlich in keiner Weise bestritten. Es folgen nun die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten aus Verhandlungen über die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses und aus dessen Nachwirkungen.[1]) Dieser Punkt ist besonders von Interesse. Es bereitete anscheinend Schwierigkeiten, Streitigkeiten, die auf einer Tatsache, die zeitlich vor oder nach dem Arbeitsverhältnis lag, die aber mit diesem in Zusammenhang stand, als mit inbegriffen in der allgemeinen Formulierung „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern aus dem Arbeitsverhältnis" anzusehen. Ganz besonders bestand diese Schwierigkeit anscheinend in Bezug auf die Vorverhandlungen, also Tatsachen, die zeitlich vor dem Arbeitsverhältnis liegen. Diese Schwierigkeit ist sogar bei der Gestaltung der ursprünglichen Regierungsvorlage vorhanden gewesen. Denn auch in dieser Vorlage waren die Streitigkeiten aus Vorverhandlungen ausdrücklich angeführt. Die Aufzählung der Streitigkeiten aus den Nachwirkungen wurde in dieser Form ja erst in der zweiten Lesung des 9. Ausschusses eingesetzt, war allerdings in anderer Form schon in der Fassung der ersten Lesung vorhanden. Geht man von dem Grundsatz aus, daß alles, was mit der tatsächlichen Arbeitsleistung in nicht zufälligem Zusammenhang steht, der Regelung durch das Arbeitsrecht und im besonderen auch der Gerichtsbarkeit der Arbeitsgerichtsbehörden untersteht, so ist m. E. vollkommen klar, daß auch die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten aus den Verhandlungen über Eingehung eines Arbeitsverhältnisses und aus dessen Nachwirkungen in dem eine allgemeine grundsätzliche Regelung bedeutenden ersten Halbsatz der No. 2 des § 2 enthalten sind. Daß aber diese Aufzählung erfolgte, ist ein weiterer deutlicher Nachweis dafür, daß die Zuständigkeitsregelung des AGG. im ganzen so verstanden werden muß, wie es im Vorhergehenden dargelegt wurde. Denn nur die Einbeziehung dieser Streitigkeiten kann tatsächlich die Gewähr geben, daß alle Streitigkeiten, die mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang stehen, auch wirklich unter die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbehörden fallen. Diesem Gedanken ist übrigens auch schon im Gewerbegerichtsgesetz (§ 4 No. 1), das bei den Vorschriften über sachliche Zuständigkeit sich rein ans Enumerationsprinzip hält, Rechnung getragen worden. Da diese Vorverhandlungen zum Arbeitsverhältnis und die Nachwirkungen desselben gerade im Arbeitsleben von besonderer Wichtigkeit sein können, ist ihre besondere Anführung oder mindestens ein besonderer Hinweis auf sie sehr verständlich.

In der No. 2 des § 2 AGG. folgt nun die Zuständigkeitserklärung für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten aus unerlaubten Handlungen, soweit diese mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang stehen. Diese Rechtstreitigkeiten sind reine Rechtsstreitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis. Sie waren wohl aus diesem Grund in der Fassung der Regierungsvorlage nicht ausdrücklich angeführt. Die amtliche Begründung nahm übrigens ausdrücklich Bezug auf die Einbeziehung der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten aus unerlaubten Handlungen. Es ist dort Folgendes ausgeführt: [2]) „Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten aus unerlaubten

[1]) Vergl. Siefart, Komm. z. AGG. S. 113.

[2]) Vergl. amtl. Begr. S. 23

Handlungen im Arbeitsleben hat der Reichsrat im Einverständnis mit der Reichsregierung entsprechend verschiedenen Anregungen, auch seitens des sozialpolitischen Ausschusses des Reichswirtschaftsrates, die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbehörden ausgedehnt, nachdem es gelungen war, eine befriedigende Abgrenzung gegenüber anderen unerlaubten Handlungen zu finden." Der letzte Nebensatz, der Bezug nimmt auf die Abgrenzung von anderen unerlaubten Handlungen, ist hauptsächlich in Bezug auf die in der jetzigen No. 1 des § 2 angeführten unerlaubten Handlungen gemeint. Die angegebene Stelle zeigt deutlich die grundsätzliche Auffassung der damaligen Reichsregierung, die durchaus folgerichtig die Streitigkeiten aus unerlaubten Handlungen, soweit sie mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang stehen, als unter den allgemeinen Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis fallend auffaßte. Die Frage nach der Abgrenzung von anderen unerlaubten Handlungen ist tatsächlich von praktischer Wichtigkeit, sie kann natürlich nicht nach der Art der einzelnen unerlaubten Handlungen erfolgen. Maßgebend für die Abgrenzung ist vielmehr das Vorliegen eines bestimmten Zusammenhangs mit dem Arbeitsverhältnis. Da das Wesen der unerlaubten Handlung in der Tatsache der in Betracht kommenden Handlung liegt, ist die Annahme eines Zusammenhangs nur möglich, wenn man als damit zusammenhängend eine Tatsache oder ein tatsächliches Verhältnis in Betracht zieht. Das ist in unserem Falle das Arbeitsverhältnis. Das Wesen dieses vom AGG. verlangten Zusammenhanges ist schon aus dem Zusammenhalt mit der Bestimmung des § 3 Abs. 1, wo ausdrücklich ein rechtlicher oder unmittelbar wirtschaftlicher Zusammenhang verlangt wird, während es im § 2 No. 2 nur einfach „Zusammenhang" heißt, zu verstehen. [1]) In Betracht kommt ein tatsächlicher Zusammenhang zwischen dem Arbeitsverhältnis und der unerlaubten Handlung. Er genügt, muß aber auch vorhanden sein. Ein bloß zufälliger Zusammenhang genügt nicht. Stiehlt ein Arbeitnehmer z. B. seinem Arbeitgeber bei einem Gedränge auf der Straße etwas aus seinem Mantel, so ist der Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis nicht gegeben. Tut er das während der Arbeit, z. B bei einer Besichtigung durch den Arbeitgeber, so wird der Zusammenhang als im Sinn des AGG. vorliegend anzunehmen sein. Es ist im einzelnen immer Tatfrage, ob der Zusammenhang gegeben ist.

Die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten aus unerlaubten Handlungen, soweit sie mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang stehen, fallen wie schon gesagt ohne Zweifel unter den allgemeinen Satz am Anfang der No. 2 des § 2 AGG. Die Fassung der Regierungsvorlage war also in keiner Weise irreführend in Bezug auf die Tatsache der Einbeziehung dieser Streitigkeiten. Die ausdrückliche Erwähnung ist vielmehr aus der Tatsache zu verstehen, daß die Streitigkeiten aus unerlaubten Handlungen nach dem Gewerbegerichtsgesetz und dem Gesetz betreffend des Kaufmannsgerichts nicht unter die Zuständigkeit der ensprechenden Gerichte fielen. Denn sie waren in den Zuständigkeitsbestimmungen nicht erwähnt und eine ausdehnende Auslegung war nicht möglich, da in diesen Gesetzen das Enumerationsprinzip streng befolgt wurde.

Der letzte Halbsatz der No. 2 des § 2 AGG. führt 2 Ausnahmen von der sachlichen Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbehörden an, die neben den Aus-

[1]) Vergl. Stiefart, Komm. zum AGG. S. 115
„ Flatow „ „ „ S. 55 ff
„ Dersch-Volkmar „ „ S. 155 ff

nahmen nach § 5 Abs. 2 die einzigen ausdrücklich festgestellten sind. Die Ausnahme der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten über die Frage, ob eine Erfindung im Sinne des Gesetzes vorliegt oder nicht vorliegt, ist, wie schon oben dargelegt, durchaus folgerichtig geschehen, da die Arbeitsgerichte für Entscheidungen rein technischer Art nicht geschaffen worden sind und auch ihrer Besetzung nach dazu wohl kaum geeignet sind. Daß dagegen die Streitigkeiten über Ansprüche auf Entschädigung oder Vergütung für eine Erfindung zur Zuständigkeit der Arbeitsgerichte gehören, ist viel angefeindet worden. Insbesondere wurde geltend gemacht, daß die Trennung der beiden Verfahren unzweckmäßig sei. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Ausnahme der Feststellung über Vorliegen oder nicht Vorliegen einer Erfindung nichts am Charakter dieser Streitigkeiten über die Erfindung als solchen aus dem Arbeitsverhältnis ändert, und daß 2 Verfahren in der Praxis wohl verhältnismäßig selten vorkommen werden, da nach der Entscheidung über die Erfindung selbst die Ansprüche nur mehr der Höhe nach Gegenstand eines Streites sein können und gerade dieser Punkt am besten auf dem Wege der gütlichen Einigung geregelt wird. Die Ausnahme der Streitigkeiten der zur Schiffsbesatzung gehörenden Personen ist aus reinen Zweckmäßigkeitsgründen vorgenommen worden, wenn auch bei den Beratungen über das Gesetz von verschiedenen Seiten betont wurde, daß ihre Einbeziehung in die Arbeitsgerichtsbarkeit möglichst doch noch erfolgen solle.

Zusammengefaßt läßt sich kurz Folgendes sagen: Die Zuständigkeitsregeln des § 2 Abs. 1 No. 2 AGG. gehen ohne Zweifel von dem Gedanken aus, daß alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die aus dem Arbeitsverhältnis als dem tatsächlichen Zustand, daß arbeitsrechtliche Arbeit geleistet wird, mittelbar oder unmittelbar geleistet wird, mittelbar oder unmittelbar entstehen können, grundsätzlich der Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbehörden unterliegen. Eine entsprechende kurze Formulierung erfolgte aus den angegebenen verschiedenen Gründen nicht.

Im Zusammenhang mit der No. 2 des § 2 Abs. 1 AGG. muß die No. 4 behandelt werden. Es handelt sich hierbei um Kündigungsstreitigkeiten nach den §§ 86 und 87 BRG. Daß sie ohne Zweifel unter die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach dem ersten Halbsatz der No. 2 gehören, wurde in der amtlichen Begründung ausdrücklich betont.[1]) Die gesonderte Anführung geschah auf Grund der Tatsache, daß für diese Streitigkeiten vor dem Inkrafttreten des AGG. ein gesondertes Verfahren galt, und daß auch nach dem AGG. besondere Vorschriften für sie gelten (z. B. Fortfall der Revision).

Die Nummer 3 des 2 § Abs. 1 AGG. befaßt sich mit Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmern. Es sind 2 Fälle angeführt: das sind einmal die Streitigkeiten aus gemeinsamer Arbeit, dann die Streitigkeiten aus unerlaubten Handlungen, soweit sie mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang stehen. Bei den Fällen der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten aus gemeinsamer Arbeit handelt es sich in der Hauptsache um die Fälle, in denen mehrere Arbeitnehmer als Gesamtheit (Gruppe, Kolonne, Kameradschaft, Orchestergemeinschaft oder Teilungsorchester) gemeinsam eine Arbeit leisten.[2]) Das Innenverhältnis dieser Gesamtheit ist

[1]) Vergl. Amtl. Begr. S. 24

[2]) Vergl. Entwurf z. Allg. Arb. Vertr. Ges, § 115 ff. Vergl. II, 2, c) ee) der vorliegenden Arbeit.

meistens ein Gesellschaftsverhältnis nach dem BGB. Daß Streitigkeiten aus dem Innenverhältnis, d. s. Streitigkeiten aus gemeinsamer Arbeit, unter die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbehörden fallen, obwohl sie rein gesellschaftsrechtliche Ansprüche sind, ist nur zu verstehen aus der Tatsache, daß es zugleich bürgerliche Rechtsstreitigkeiten sind, die aus einem Arbeitsverhältnis als Arbeitsleistungsverhältnis entstanden sind. Dasselbe gilt in Bezug auf die Einbeziehung der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern aus unerlaubten Handlungen. Auch ihre Einbeziehung in die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbehörde ist nur aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses und dem Zweck seiner Sonderregelung zu erklären. Im übrigen wird auf das zu Nr. 2 des § 2 Abs. 1 AGG. Gesagte verwiesen. Die No. 3 hatte ursprünglich eine wesentlich andere Fassung. Nach der ursprünglichen Fassung, die erst in der zweiten Lesung des 9. Ausschusses zur jetzigen Form abgeändert wurde, sollten allgemein bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen wirtschaftlichen Vereinigungen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer und ihren Mitgliedern aus dem Vereinigungsverhältnis mit Ausnahme der Auseinandersetzungsstreitigkeiten und bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern aus gemeinsamer Arbeit der Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbehörden unterstehen. Es entspricht durchaus dem Zweck und dem Grundgedanken des Arbeitsrechts im allgemeinen, daß diese Regelung nicht beibehalten wurde. Daß Ansprüche der wirtschaftlichen Vereinigungen beiderseits gegen ihre Mitglieder mit den besonderen Bedürfnissen der arbeitsrechtlichen Arbeit nichts zu tun haben, und daß ihre Einbeziehung eine nicht wünschenswerte Verwischung der Grenzen des Arbeitsrechts in diesem besonderen Fall bedeutet hätte, bedarf wohl keiner weiteren Ausführungen. Die jetzige Fassung der No. 4 ist m. E. viel folgerichtiger und entspricht dem im bisherigen entwickelten Grundsatz in jeder Weise. Es wird sich bei den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten aus gemeinsamer Arbeit meist um die Ansprüche aus dem von der Gesamtheit der in Betracht kommenden Arbeitnehmer eingenommenen Arbeitsentgelt handeln. Das sind aber echte Streitigkeiten aus der tatsächlichen Leistung arbeitsrechtlicher Arbeit. Ebenso verhält es sich, wie schon oben dargelegt wurde, bei den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten aus unerlaubten Handlungen.

Einen ganz anderen Charakter wie die bisher behandelten haben die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die nach der No. 1 des § 2 Abs. 1 AGG. zur Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbehörden gehören. Diese Bestimmung ist in der vorliegenden Arbeit nur insoweit zu untersuchen, als es in den Rahmen einer grundsätzlichen Betrachtung gehört. Die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zwischen Tarifvertragsparteien aus dem Tarifvertrage, über Bestehen oder nicht Bestehen eines Tarifvertrages und aus unerlaubten Handlungen, soweit es sich um Maßnahmen zum Zwecke des Arbeitskampfes oder um Fragen der Vereinigungsfreiheit handelt, sind für die vorliegende Arbeit nicht von unmittelbarer Bedeutung. Sie stehen mit dem Einzelarbeitsverhältnis nur in so fern in Verbindung, als das ganze sogenannte kollektive Arbeitsrecht wie das Arbeitsrecht im Allgemeinen letzten Endes auf dem Arbeitsverhältnis und damit auf der arbeitsrechtlichen Arbeit überhaupt aufgebaut ist. Die angeführten Streitigkeiten haben aber mit dem Einzelarbeitsverhältnis nichts zu tun. Ein unmittelbarer Zusammenhang mit diesem kann vorhanden sein bei den Streitigkeiten der verschiedenen in der No. 1 angeführten Vereinigungen mit dritten Personen. Es wurde hier von Regierungsseite aus ausdrücklich darauf hingewiesen, daß in

Tarifverträgen Verträge zu Gunsten Dritter enthalten sein könnten (z. B. bei den Wiedereinstellungsklauseln), wobei die dritten Personen unmittelbar berechtigt seien. Streitigkeiten aus diesen Verträgen sollten unter die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbehörden fallen. Die Grundlage dieser Streitigkeiten ist immer der Tarifvertrag, wenn auch das Motiv zur Einfügung der in Betracht kommenden Einzelbestimmungen dem Einzelarbeitsverhältnis entstammen mag. Es handelt sich ebenso wie bei den Streitigkeiten zwischen Tarifvertragsparteien und dritten Personen, bei denen die dritte Person irgend eine beliebige Person sein kann, auf jeden Fall um bürgerliche Rechtsstreitigkeiten aus dem Gebiete des kollektiven Arbeitsrechts, sodaß sie für die vorliegende Arbeit, wie schon gesagt, nicht von direkter Bedeutung sind. Ihre Einbeziehung in die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte geschah, weil sie Streitigkeiten auf Grund der besonderen Verhältnisse des Arbeitslebens sind.[1])

Besonders zu erwähnen ist der Abs. 2 des § 2 AGG. Er bestimmt, daß die einmal nach den Nummern 1—4 des Abs. 1 begründete Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbehörden nicht durch die Tatsache berührt wird, daß der Rechtsstreit durch einen Rechtsnachfolger oder durch eine Person, die kraft Gesetzes an Stelle der ursprünglichen Partei hierzu befugt ist, geführt wird. Diese Bestimmung läßt deutlich erkennen, daß die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbehörden grundsätzlich losgelöst ist von irgend welchen Abgrenzungen nach persönlichen Eigenschaften oder Merkmalen. Da diese Regelung auch z. B. dann Anwendung findet, wenn es sich um einen Cessionar als Rechtsnachfolger der einen Partei handelt, ist diese Auffassung ohne Zweifel richtig. Denn selbst die Tatsache, daß z. B. ein Arbeitnehmer eine Forderung gegen seinen Arbeitgeber freiwillig und gegen Entgelt abgetreten hat, daß also die von Vielen in den Vordergrund geschobene besondere Fürsorgebedürftigkeit des Arbeitnehmers als Hauptgrundlage für die Schaffung der Arbeitsgerichtsbarkeit nicht mehr vorliegt, ändert an der Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbehörde nichts. Diese Vorschrift ist unverändert durch alle Beratungen im Reichstag beibehalten worden. Sie ist neben den vielen schon angeführten Beweisen ein weiterer für die Richtigkeit der Annahme, daß als Grundlage für die sachliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbehörden der Satz anzunehmen ist, daß die Zuständigkeit grundsätzlich in allen den Fällen gegeben ist, in denen es sich um bürgerliche Rechtsstreitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis handelt.

c) Neben der ausschließlichen Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbehörden nach den §§ 2 und 5 AGG. besteht eine fakultative Zuständigkeit nach dem § 3 AGG. Diese Regelung wird sehr verschiedenartig beurteilt und wird vor allem von vielen als eine über den Zweck der Arbeitsgerichtsbarkeit hinausgehende Einschränkung der Gerichtsbarkeit der ordentlichen Gerichte angesehen. Zu verstehen ist diese Regelung aus dem oft in den Materialien angeführten Grundsatz, daß die Arbeitsgerichtsbarkeit möglichst für alle Streitigkeiten aus den besonderen Verhältnissen des Arbeitslebens zuständig sein soll. Es herrschten bei den Beratungen Zweifel über die Regelung, daß auch Streitigkeiten von Arbeitgebern und Arbeitnehmern gegen dritte Personen unter den bestimmten Voraussetzungen des § 3 AGG. vor den Arbeitsgerichtsbehörden ausgetragen werden können. Diese dritten Personen können nach einer ausdrücklichen

[1]) Vergl. das unten zu § 3 AGG. Dargelegte.

Regierungserklärung im 9. Ausschluß des Reichstags auch Personen sein, die mit dem Arbeitsverhältnis nicht in einem für das Arbeitsrecht bedeutsamen Zusammenhang stehen. Vorbedingung ist, daß die beim Arbeitsgericht nach § 3 anhängig zu machende Sache mit einer regelrechten Arbeitssache, die schon anhängig ist oder gleichzeitig anhängig gemacht wird, in einem rechtlichen oder unmittelbar wirtschaftlichen Zusammenhang steht. Diese Vorbedingung, besonders die genaue Formulierung der Art des erforderlichen Zusammenhangs im Gegensatz zu den Fällen des § 2, zeigt, daß man auch bei dieser weiten Ausdehnung der sachlichen Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit den Grundsatz wahren wollte, daß alle Streitigkeiten, die vor den Arbeitsgerichtsbehörden als den Sondergerichten der arbeitsrechtlichen Arbeit ausgetragen werden, mit dem Einzelarbeitsverhältnis in einem für dieses bedeutsamen Zusammenhang stehen sollen. Denn die Fälle eines rechtlichen Zusammenhangs wie eines unmittelbar wirtschaftlichen Zusammenhangs sind beides Fälle von besonderer Bedeutung für das Einzelarbeitsverhältnis. Es ist derselbe Grundgedanke wie bei No. 1 des § 2 Abs. 1. Die besonderen Verhältnisse des Arbeitslebens haben alle ihre letzte Ursache in der einzelnen Leistung von arbeitsrechtlicher Arbeit. Das ganze sogenannte kollektive Arbeitsrecht entnimmt aus diesem Grundgedanken seine Berechtigung. Wenn es sich bei den Streitigkeiten nach § 3 ebenso wie nach § 2 Abs. 1 No. 1 nicht um Streitigkeiten handelt, die mit dem Einzelarbeitsverhältnis in unmittelbarem Zusammenhang stehen, d. h. aus dem Einzelarbeitsverhältnis unmittelbar entstehen und durch es in ihrem besonderen Charakter bestimmt werden, so haben sie ihre letzte Grundlage nach dem Gesagten eben doch im Einzelarbeitsverhältnis.

Auf jeden Fall sind von der Arbeitsgerichtsbarkeit ausgeschlossen auch nach § 3 die in den §§ 2, Abs. 1 No. 2 und 5 Abs. 2 angeführten Ausnahmefälle. Letztere allerdings mit einer Ausnahme: Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen juristischen Personen des privaten Rechts und ihren gesetzlichen Vertretern können durch Vereinbarung, ein Zusammenhang mit einer regelrechten Arbeitssache ist nicht erforderlich, vor die Arbeitsgerichte gebracht werden. Die Gesichtspunkte, die für eine Ausnahmestellung der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zwischen juristischen Personen und ihren gesetzlichen Vertretern sprachen, sind, soweit es sich um juristische Personen des privaten Rechts handelt, nicht von so ausschlaggebender Bedeutung, daß der vollständige Ausschluß dieser Sachen von der Arbeitsgerichtsbarkeit berechtigt erschien.

Es läßt sich daher zusammengefaßt nach dem bisher Ausgeführten sagen: Das AGG. geht, wenn es auch nicht eindeutig formuliert ist, von dem Grundgedanken aus, daß alles das, was mit der tatsächlichen Leistung arbeitsrechtlicher Arbeit zusammenhängt, im Streitfall zur Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbehörden gehört. Der Begriff Arbeitsverhältnis ist im AGG. in der Auffassung als Arbeitsleistungsverhältnis zu verstehen. Ausnahmen sind nur da gemacht, wo besondere Gründe der Zweckmäßigkeit oder Überlegungen von grundsätzlicher Bedeutung, die den arbeitsrechtlichen Fragen vorgehen, dafür sprachen. Die Grundlage des AGG. und das Merkmal für seine Abgrenzung, d. h. seine Zuständigkeitsregelung, ist also das Arbeitsverhältnis. Die Ausgestaltung des AGG. erscheint daher im Sinne der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung als richtig und scheint sie daher zu bestätigen. Nicht zu übersehen ist dabei, daß diese Auffassung anscheinend bei der Ausgestaltung des AGG. in ihrer letzten

Klarheit nicht vorhanden war, sondern daß sie in Form von Wunsch und Willen ohne deren einwandfreie Klarlegung Einfluß auf die Gesetzgebung gehabt hat. Man hätte vielleicht bei vollständiger Klarheit über die Grundlagen des Arbeitsrechts dem § 2 folgende Fassung geben können:

Die Arbeitsgerichte sind zuständig:

1) Für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern und zwischen Arbeitnehmern aus gemeinsamer Arbeit, die mit dem Arbeitsverhältnis, d. h. der Tatsache, daß Arbeit geleistet wird, werden soll, oder worden ist, in einem nicht zufälligen Zusammenhang stehen; ausgenommen . . . usw. wie in der jetzigen Fassung.

2) Wie No. 1 der jetzigen Fassung.

3) Wie No. 5 der jetzigen Fassung.

Diese wesentliche kürzere Fassung enthält alles, was in dem jetzigen § 2 des AGG. gesagt ist unter Anwendung einer sogar über das unbedingt Nötige hinausgehenden Ausführung.

4) Der Arbeitsvertrag als Grundlage des vereinbarten Ausschlusses der Arbeitsgerichtsbarkeit.

Der Arbeitsvertrag ist auch nach dem AGG. nicht als eigentliche Grundlage arbeitsrechtlicher Regeln anzusehen. Er wird dort als Grundlage besonderer Regeln verwendet, wo es auf eine besondere Festigkeit und Befestigung des Arbeitsverhältnisses auf eine besondere Klarheit der beteiligten Personen über ihre Lage ankommt. Das ist im AGG. der Fall in den §§ 91 f, die von dem vereinbarten Ausschluß der Arbeitsgerichtsbarkeit handeln. Nach der amtlichen Begründung zur Regierungsvorlage sollten bewährte Gewohnheiten, die sich im Arbeitsleben auf dem Gebiete der Schiedgerichtsbarkeit ausgebildet haben, nicht durch das AGG. verdrängt werden. Aber es war, um den Zweck der Arbeitsgerichtsbarkeit in vollem Umfang sichern zu können, nötig, einen vereinbarten Ausschluß von besonderen Kautelen abhängig zu machen. Ein solcher Ausschluß durfte nur da möglich sein, wo seine Vereinbarung möglichst wenig durch die tatsächlichen Verhältnisse der Arbeitsleistung unmittelbar beeinflußt werden konnte, wo die rechtliche Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses festgelegt war und die Gewähr vorhanden war, daß eine Unklarheit der Beteiligten über die Art der getroffenen Vereinbarungen nicht möglich war. Die Vereinbarung ist der Abmachung durch die Parteien der Rechtsstreitigkeiten im Einzelnen grundsätzlich entzogen. Eine Ausnahme davon ist nur gemacht für die Streitigkeiten nach § 2 Abs. 1 No. 1 AGG. und für solche Fälle der No. 2, in denen aus der Stellung des Arbeitnehmers nach dem Arbeitsvertrag die Gewähr für eine möglichste Unabhängigkeit in Bezug auf die Vereinbarung gegeben ist. Auch die Ausgestaltung der hier in Betracht kommenden Vorschriften war bei der Ausarbeitung des AGG. mehrfachen Änderungen unterworfen. Die jetzige Fassung erscheint m. E. die mit dem allgemeinen Grundsatz des AGG. und des Arbeitsrechts im Ganzen am besten zu vereinbarende zu sein.

Die Fälle der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit in Arbeitssachen, die im § 2 Abs. 1 No. 5 angeführt sind, haben eine besondere Bedeutung für die vorliegende Arbeit nicht. Sie sind nur vielleicht in sofern zu erwähnen, als

auch sie aus dem Grundsatz heraus zur Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbehörden gehören müssen, daß alle Streitigkeiten, die mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang stehen, vor Arbeitsgerichten entschieden werden sollen. Dazu gehören aber auch die Sachen dieser sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit, die es im wesentlichen mit der Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses im engeren wie im weiteren Sinne zu tun haben. [1])

[1]) Vergl. amtl. Begründung S. 25

Ergebnis.

Die in dieser Arbeit vertretene Auffassung des Arbeitsrechts als des Sonderrechts der menschlichen Arbeit im arbeitsrechtlichen Sinne scheint tatsächlich die Grundlage der gesetzgeberischen Arbeit bei Schaffung des AGG. gewesen zu sein. Denn einmal geht die Regelung der sachlichen Zuständigkeit als Ganzes genommen von der tatsächlichen Arbeitsleistung aus, des weiteren ist aber auch im Einzellfall der Begriff Arbeitsverhältnis nach dem AGG. als der tatsächliche Zustand der Leistung arbeitsrechtlicher Arbeit zu verstehen. Es ist daher anzunehmen und zu hoffen, daß dieser Grundgedanke auch als Grundlage bei der bevorstehenden Schaffung weiterer Teile des zukünftigen Arbeitsgesetzbuches dienen wird. Es ist weiterhin zu hoffen, daß dieser Grundgedanke so klar erkannt werden wird, daß auf Grund dessen die Ausgestaltung des Arbeitsrechts wenigstens den Grundsätzen nach dem Streit der verschiedenen politischen, wirtschaftlichen und sozialen Anschauungen entzogen wird und so die Gewähr besteht, daß ein staatliches Recht im wahren Sinn, ein objektives, politischen und wirtschaftlichen Kämpfen möglichst wenig Anlaß gebendes Recht geschaffen wird. Vielleicht kann auch durch ein Arbeitsrecht in diesem Sinn ein wenig dazu beigetragen werden, die leider in unserem Volk bestehenden Gegensätze auf dem Gebiet der Arbeit zu überbrücken oder wenigstens zu mildern.